

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vernet av brukskunst etter norsk rett, sett i lys av europeisk rett

Kandidatnummer: 691

Leveringsfrist: 25.04.2013 kl 12:00

Antall ord: 15 367



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Brukskunst	3
1.2.1	Generelt om brukskunst	3
1.2.2	Brukskunstens plass i det norske rettssystemet.....	6
1.3	Rettskildebildet.....	7
1.3.1	Verdensbildet	7
1.3.2	Europeisk rett	9
1.3.3	Norsk rett.....	10
1.3.4	Konklusjon	11
1.4	Avgrensninger	11
1.5	Valg av språk	11
1.6	Det videre opplegget.....	11
2	GENERELT OM EU-RETTENS REGULERING AV ÅNDSVERK	12
2.1	Innledning.....	12
2.2	Utgangspunktet.....	12
2.2.1	Delkonklusjon	15
2.3	Hensyn og formål	16
2.3.1	Rettferdighets-/rimelighetshensyn	16
2.3.2	Økonomisk karakter	16
2.3.3	Ideell karakter.....	16
2.3.4	Opphavsrettslige begrensninger	17
3	VILKÅR FOR OPPHAVSRETTLIG VERN I EU-RETTE	18
3.1	Innledning.....	18
3.2	Vilkår for opphavsrettslig vern i EU-retten	18

3.2.1	Direktivene og Bernkonvensjonens ordlyd	18
3.2.2	Praksis fra EU-domstolen	19
3.2.3	Konklusjon	24
3.3	Omfattes Brukskunst av originalitetskravet, til tross for Bernkonvensjonen artikkel 2 (7)?.....	25
3.4	Gode grunner for et totalharmonisert Originalitetsvilkåret	28
4	DET OPPHAVSRETTLIGE VERN	29
4.1	Innledning	29
4.2	Opphavsmannens enerett i EU-retten	29
4.2.1	Vurderingens utgangspunkt	29
4.2.2	Relevant praksis	31
4.2.3	Konklusjon	34
4.3	Det opphavsrettslige etterlikningsvern i EU-retten	34
4.3.1	Ordlyden.....	34
4.3.2	Relevant praksis	37
4.4	Konklusjon.....	37
4.5	Forskjellig vern for forskjellige frembringelser?.....	38
5	HARMONISERINGENS BETYDNING FOR NORSK RETT	40
5.1	Innledning	40
5.2	Forholdet mellom norsk og internasjonal rett.....	40
5.3	Brukskunstens stilling i norsk rett	41
5.3.1	Fremveksten av brukskunstvernet.....	42
5.3.2	Rettstilstanden fra og med lov om åndsverker av 6. juni 1930.....	42
5.4	Gjelder det samme originalitetsvilkåret i norsk rett?.....	43
5.4.1	Åndsverklovens ordlyd	43
5.4.2	Åndsverklovens forarbeider	44
5.4.3	Praksis	44
5.5	Enerettens innhold i norsk rett.....	45
5.6	Oppstiller norsk rett en strengere originalitetsvurdering for vern av brukskunst?	46

5.6.1	Åndsverklovens ordlyd	46
5.6.2	Den «antatte lære/teori»	46
5.6.3	Tripp-Trapp-dommen.....	48
5.6.4	Konklusjon	49
5.7	Oppstiller norsk rett et snevrere/svakere etterlikningsvern for brukskunst sammenliknet med andre typer åndsverk?.....	50
5.7.1	Åndsverklovens ordlyd	50
5.7.2	Den «antatte lære/teori»	52
5.7.3	Lovens forarbeider	52
5.7.4	Rettspraksis	53
5.7.5	Konklusjon	57
5.8	Konklusjon.....	59
6	AVRUNDING	60
7	REGISTER.....	61
7.1	Lover.....	61
7.2	Forarbeider og NOUer.....	61
7.3	Konvensjoner og Internasjonale traktater.....	61
7.4	EU-direktiver	62
7.5	Norske rettsavgjørelser	62
7.6	Utenlandske dommer	62
7.7	Litteratur	63
7.8	Juridiske artikler o.l.	63

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Tema for avhandlingen er vernet av brukskunst i norsk rett, sett i lys av den siste tids praksis fra EU-domstolen. Brukskunst er en verkstype som føyer seg inn under opphavsretten. Opphavsretten verner om litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk, tradisjonelt sett bøker, sanger, kunstverk, sceneverk o.l. Opphavsretten er en del av immaterialretten. Immaterialretten, også omtalt som åndsretten, omfatter blant annet patentretten, designretten, kjennetegnsretten, i tillegg til opphavsretten. Det som skiller brukskunst fra andre verkstyper er at frembringelsen hovedsakelig har kunstnerisk form, men et tillegg av et eller flere funksjonelle elementer.

Opphavsretten reguleres nasjonalt av åndsverkloven og internasjonalt av Bernkonvensjonen og Infosoc-direktivet.

Immaterialretten er ment å gi opphavsmenn rettigheter knyttet til deres frembringelser. Hvilke rettigheter og hvordan de oppnås, vil avhenge av hvilken «underkategori» av immaterialretten man befinner seg i. For å oppnå vern på opphavsrettens område må frembringelsen være original. Dette innebærer at den må oppfylle et originalitetskrav. Originalitetskravet omtales også som et verkshøydekrav. For opphavsretten er opphavsmannens enerett til verket og etterlikningsvernet de økonomisk sett viktigste rettighetene. Rettighetene bygger på rimelighets- og belønningssynspunkter.

Temaet er aktuelt på bakgrunn av premiss (68) og (69) i Tripp-trapp-dommen¹ avsagt i 2012. Førstvoterende uttaler, i en enstemmig dom, at EU-retten ikke har regulert kravet til verkshøyde for brukskunst og om det så var tilfellet, ikke hadde vært bindene for norsk rett.

«Ankemotpartene har sterkt fremhevet at det følger av EU-domstolens nyere praksis at det tidligere relativt strenge krav til verkshøyde er blitt modifisert

¹ Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s. 1062

innenfor de områder som reguleres av særskilte direktiver. Det anføres at denne praksis nå har fått et slikt omfang at det må anses etablert et felleseuropeisk verkshøydebegrep som stiller mindre strenge krav enn tidligere, og som må få betydning også på andre felt enn der direktivene får direkte anvendelse.

Det er imidlertid på det rene at det ikke er gitt noe direktiv som dekker verkshøydeproblematikken for brukskunst, og på dette området er det til dels avvikende lovregulering innenfor EU-landene. Selv om det skulle være dekning for ankemotpartens utlegning av praksis, vil denne dermed under ingen omstendighet være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett, og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.»²

Det er på det rene det ikke finnes noe direktiv som direkte berører verkshøydeproblematikken for brukskunst i EU-retten. Det har seg allikevel slik at EU-domstolen den siste tiden har avsagt flere dommer som klargjør originalitetskravet for vern på store deler av immaterialrettens område. Det må sies å ha funnet sted en harmonisering av originalitetskravet for vern for store deler av immaterialretten, og spørsmålet er om dette kan få betydning for originalitetskravet for brukskunst, internasjonalt og nasjonalt.

Den økonomiske siden ved opphavsretten bygger på opphavsmannens enerett til verket og bearbeidelser av det, og et vern mot etterlikninger, et såkalt etterlikningsvern. Som avhandlingen vil komme tilbake til, er disse to sidene av vernet knyttet sammen. Norsk opphavsrett bygger på et tett nordisk samarbeid, som gjenspeiles blant annet i Høyesteretts bruk av svensk Høyesterettspraksis.

² Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s. 1062, premiss 68 og 69

1.2 Brukskunst

1.2.1 Generelt om brukskunst

Brukskunst, også omtalt som anvendt kunst, byr på særlige utfordringer. For det første fordi det opphavsrettslige vernet ikke omfatter de «rent tekniske eller bruksmessige» aspektene av verket, men de funksjonelle elementenes sammensetning med resten av verket³. De enkelte tekniske eller funksjonelle elementene kan eventuelt oppnå vern på bakgrunn av patentretten. For det andre fordi vernet strekker seg over en så lang tid. Vernetiden for brukskunst er opphavsmannens levetid og sytti år etter hans død⁴.

Hva som ligger i begrepet «brukskunst» er vanskelig å konkretisere. Utover at det må være på det kunstneriske eller litterære området, gir ikke loven eller dens forarbeider noen veiledning om begrepet. Det er heller ikke presisert i Høyesterett. Nasjonalmuseets begrepsforklaringer⁵ ser ut til å forutsette at brukskunst er «brukbare og kunstnerisk vakre gjenstander». Hvis brukskunstens funksjonelle element legges inn under begrepet «brukbare», er denne definisjonen et godt utgangspunkt. Forutsetningen om «vakkerhet» gjelder ikke på opphavsrettens område. Tripp-Trapp-stolen er et godt eksempel på brukskunst der det dagligdagse, stolen, og det funksjonelle elementet, muligheten til å stille inn stolen i takt med barnets vekst, er satt sammen.

Som avhandlingen vil komme tilbake til, er ikke rettsstillingen omkring brukskunst avklart. Åndsverklovens forarbeider har ikke spesifikt tatt stillingen til problemstillingens vurderingstemaer og det foreligger kun et fåtall av høyesterettsdommer. Dette er tilfellet også i Danmark, der høyesterettspraksis har medført en rettsstilling som gir «anledning til betydelig tvil»⁶. Da man i 1886 ønsket å fremme en verdensomspennende konvensjon om regulering av immaterialretten, som resulterte i Bernkonvensjonen, utelot man reguleringen av brukskunst. Brukskunst ble tatt inn i Bernkonvensjonen 1948 (Brusselteksten av 26. juni

³ Wegners-sybord, Rt. 1962 s. 964, side 966

⁴ Åndsverkloven, paragraf 40

⁵ Begrepsforklaringer ved nasjonalmuseet

⁶ Kottvedgaard (1999), s. 55

1948), men med unntak av vernetiden, ble reguleringen av vernet og vilkårene for vern overlatt til Bernlandene.

Brukskunst er blant de verkstyper som nyter vern på bakgrunn av eksemplifiseringen i Bernkonvensjonens artikkel 2 (1), men det følger av artikkel 2 (7) at:

«Det er forbeholdt unionslandenes lovgivning å fastlegge anvendelsesområdet for lovgivningen om verk av brukskunst og industrielle mønstre og modeller, såvel som vilkårene for vern av disse verk, mønstre og modeller, når hensyn tas til bestemmelsene i artikkel 7(4) i nærværende konvensjon. For verk som i hjemlandet vernes utelukkende som mønstre og modeller, kan i et annet unionsland bare kreves det særskilte vern som i dette land innrømmes mønstre og modeller; dog skal, dersom et særskilt vern ikke gis i dette landet, disse verk vernes som kunstneriske verk.»

På bakgrunn av nevnte bestemmelse er den tradisjonelle lære at Bernlandene gjennom nasjonal lovgivning regulerer vernet av brukskunst. Unntaket fra dette er vernetiden ikke skal «være kortere enn femogtyve år regnet fra frembringelsen av verket»⁷. Denne forståelsen er også lagt til grunn i Guide to The Berne Convention⁸.

Brukskunst vernes etter norsk rett av åndsverkloven paragraf 1 annet ledd nr. 10, under begrepet «kunstindustri». Avhandlingen vil komme tilbake til at dette er sikker rett. For at verket skal ha vern må det være skapt et «åndsverk», se bestemmelsens først ledd. Videre forutsettes det at verket må være på det «vitenskapelige eller kunstneriske området» og at det er originalt. Kravet til originalitet kommer ikke frem av ordlyden, men er lagt til grunn i lovens forarbeider⁹ og tatt til følge i flere høyesterettsdommer, blant annet Wegners sybord¹⁰ og Huldra i Kjosfossen¹¹.

⁷ Bernkonvensjonen artikkel 7 (4)

⁸ Guide to the Berne Convention (1978)

⁹ Ot. prp. nr. 26 (1959-60) s. 13

¹⁰ Wegners sybord-dommen, Rt. 1962 s. 964

Opphavsretten skal verne om litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk. Dette leder tanken mot de «tradisjonelle» opphavsrettslige verk, så som bøker, sanger, sceneverk og liknende. Problematikken vedrørende opphavsrettslig vern av brukskunst kommer på spissen idet frembringelsen er et produkt massene ønsker å anskaffe, gjerne en dagligdags bruksgjenstand. Opphavsrettslig vern av et moteprodukt eller en stilretning kan medføre store økonomiske følger. Et for omfattende vern vil fra et samfunnsperspektiv og etter generelle økonomiske betraktninger være uheldig. Opphavsrettens vernetid er med på å forsterke denne effekten betraktelig. Vurderingstemaet for oppgaven som er vilkår for vern av brukskunst og brukskunstens etterlikningsvern, gjenspeiler disse elementene.

Det er i teorien antatt de hensyn opphavsrettens bygger på, møter «væsentlige modhensyn»¹² når det gjelder opphavsrettslig vern av brukskunst. Anerkjennelsen «af en stærk og omfattende ophavsret vil indebære meget følelige konkurrencemæssige begrænsninger, der ikke uden videre er samfundsmæssigt acceptable. De ophavsretlige hensyn må derfor afvejes over hensynet til en fri og slagskraftig konkurrencestruktur»¹³. Resultatet kan bli at den funksjonelle brukskunsten, «hvor gjenstandenes »rigtige« formgivning opfattes som ensbetydende med deres æstetiske kvalitet, går det galt, idet konflikten her bliver åbenbar. Den korrekte beskyttelse av industriell formgivning har da også været et af de vanskeligste spørgsmål i nutidens ophavsret»¹⁴. Rognstad argumenterer også for at «visse frembringelser (brukskunst, min presisering) av samfunnsmessige hensyn bør holdes fritt for vern»¹⁵, omtalt som friholdelsesbehovet.

Felles for opphavsretten er at det opphavsrettslig vern oppstår «samtidig med verket»¹⁶, uavhengig av om det fremstilles for masseproduksjon eller blir værende i kunstnerens atelier. Videre gjelder et grunnleggende prinsipp i opphavsretten om at stilles det ikke krav

¹¹ Huldra i Kjosfossen-dommen, Rt. 2007 s. 1329

¹² Koktvedgaard (1999), s. 49

¹³ Koktvedgaard (1999), s. 49

¹⁴ Koktvedgaard (1999), s. 50

¹⁵ Rognstad (2009), s. 64

¹⁶ Lovkommentar ved Magnus Stray Vyrje

til uttrykksmåte, uttrykksform, kvalitet (enten kunstneriske eller kvalitetsmessige) e.l., for at et verk skal ha opphavsrettslig vern.

Mye kan tale for at hoveddiskusjonen vedrørende brukskunst gjelder de økonomiske følger ved det opphavsrettslige vern. Dette gjelder særlig for etterlikningsvernet, vernet mot ulovlige gjengivelser.

1.2.2 Brukskunstens plass i det norske rettssystemet

Opphavsretten er nært knyttet til andre deler av immaterialretten. Opphavsretten har tradisjonelt hatt særlige bånd til designretten (tidligere mønsterretten) og da vernet omkring brukskunst utviklet seg på starten av 1900-tallet, forelå det en overlapping mellom rettsreglene. Dette er et godt eksempel på at man ikke snakker om eksakte grenser.

Designretten regulerer en frembringelses brukelement eksplisitt:

«Designrett kan ikke oppnås for de trekkene ved et produkts utseende

1. som bare er bestemt av teknisk funksjon, eller
2. som må gjengis i nøyaktig form og dimensjon for at produktet skal kunne kobles mekanisk til eller plasseres i, rundt eller mot et annet produkt, slik at begge produktene fyller sin funksjon.»¹⁷

Bestemmelsen «avgrenser designretten mot patentretten»¹⁸ og er et unntak eneretten:

«Den som har frembrakt en design (designeren), eller den som designerens rett har gått over til, kan ved registrering oppnå enerett til å utnytte designen etter bestemmelsene i denne loven (designrett).»¹⁹

¹⁷ Designloven paragraf 8 første ledd

¹⁸ Lovkommentar ved Halvor Manshaus

¹⁹ Designloven paragraf 1 første ledd

Lovgiver har i utgangspunktet forsøkt å regulere et designs forhold til egne tekniske funksjoner. Men det er klart «bestemt av teknisk funksjon» blir en vanskelig vurdering.

Markedsføringsloven kan få betydning for brukskunstens stilling. Ved vurderingen av etterlikningsvernet, som avhandlingen vil ta for seg under punkt 5.7, kan generalklausulen i paragraf 2 første ledd første punktum få betydning:

«Markedsføring må ikke stride mot god markedsføringsskikk»

Det kan oppstå en situasjon der et verk går klar av etterlikningsvernet og dermed faller utenfor opphavsmannens enerett, men strider mot «god markedsføringsskikk».

1.3 Rettskildebildet

Immaterialretten er et globalt og internasjonalt fagområde. Det norske rettskildebildet er dermed sterkt påvirket av internasjonale konvensjoner, særlig Bernkonvensjonen. Formålet med slike konvensjoner er å sikre opphavsmannens ideelle og økonomiske rettigheter på tvers av landegrenser og kulturer. Opphavsretten har stadig kommet mer på spissen de siste tiårene på grunn av sterkere internasjonalisering og mer verdenshandel. Rettskildebildet vil bli presentert i et overordnet bilde, for så å presentere EU-retten og til slutt norsk rett.

1.3.1 Verdensbildet

1.3.1.1 Bernkonvensjonen

Opphavsrettens første globale vern kom med Bernkonvensjonen²⁰. Bernkonvensjonen er en folkerettslig avtale utformet i Bern i 1886 og ratifisert av åtte land i 1887. Norge tiltrådte konvensjonen med virkning fra 13. april 1896. Blant Bernkonvensjonens medlemsland (i skrivende stund) står bare San Marino utenfor av de europeiske statene²¹.

²⁰ Astri. M. Lund, Kopinor (1990), Bernkonvensjonen

²¹ WIPOs infoside

Konvensjonsteksten har blitt revidert flere ganger, senest i Paris 24. juli 1971. Den norske oversettelsen av Astri. M. Lund vil bli lagt til grunn i avhandlingen²². Konvensjonens formål kommer frem i fortalen:

«Unionslandene, som på samme måte er besjelet av ønsket om å beskytte på en så virkningsfull og ensartet måte som mulig opphavsmennenes rettigheter til sine litterære og kunstneriske verk»

Og presiseres videre i artikkel 1:

«De land som nærværende konvensjon gjelder for, danner en union til vern av opphavsmenns rettigheter til sine litterære og kunstneriske verk.»

Konvensjonens overordnede formål er å hindre stater i å danne et regelsett som diskriminerer utenlandske verk. Bernkonvensjonen regulerer ikke et lands forhold til sine egne opphavsmenn, men verner verk fra opphavsmenn som andre medlemsland.

Vernet som følger av Bernkonvensjonen skal, i grove trekk, sikre nasjonal behandling, formfrihet og minstekrav til vernets innhold. Bernkonvensjonen har siden 1974 blitt administrert av WIPO.

1.3.1.2 TRIPs (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)

TRIPs-avtalen inngår som et vedlegg til WTO-avtalen. For EU trådte WTO-avtalen, med vedlegg, i kraft fra 1. januar 1995. EU er ikke bundet direkte av Bernkonvensjonen, men gjennom TRIPs, som pålegger gjennomføringen av konvensjonen.

²² Kopinor (1990)

1.3.2 Europeisk rett

Som en følge av at EU (EU- og EØS-landene) er bundet av Bernkonvensjonen, er europeisk rett sterkt påvirket av det globale rettskildet. Siden 1991 er det gitt 7 direktiver på immaterialrettens område. Direktivenes «hovedmålsetting er harmonisering av opphavsretten i Europa, av hensyn til det indre markedes funksjon»²³. Avhandlingen vil særlig berøre Infosc-direktivet²⁴, også omtalt som opphavsrettsdirektivet, men det vil redegjøres for at det foreligger et samspill mellom direktivene på immaterialrettens område. Infosoc-direktivet ble implementert i norsk rett med virkning fra 1. juli 2005. Direktivets formål er å harmonisere EU-landenes lovgivning vedrørende opphavsrett og beslektede rettigheter. Dette kommer klart til uttrykk i blant annet fortalens punkt (9) og (20):

«Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and development of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large. Intellectual property has therefore been recognised as an integral part of property»

«This Directive is based on principles and rules already laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 91/250/EEC(5), 92/100/EEC(6), 93/83/EEC(7), 93/98/EEC(8) and 96/9/EC(9), and it develops those principles and rules and places them in the context of the information society. The provisions of this Directive should be without prejudice to the provisions of those Directives, unless otherwise provided in this Directive»

Det kommer frem at det skal finne sted et samspill mellom direktivene på immaterialrettens område. Dette gjenspeiles av EU-domstolen har utarbeidet et vilkår for vern som må ses å gjelde på tvers av direktivene.

²³ Rognstad (2009), s. 53

²⁴ Direktiv 2001/29/EC – Infosc-direktivet

EU-retten er dermed bundet av egne sine direktiv og Bernkonvensjonen. Hvordan en tvist løses av EU-domstolen vil jeg komme noe tilbake til, men i grove trekk benyttes Bernkonvensjonen som bakgrunnsrett og direktivene benyttes i et samspill slik at immaterialretten på best mulig måte harmoniseres. Gitt at EU er bundet av Bernkonvensjonen, og formodentlig holder seg innenfor sine forpliktelser, vil en tolkning av Bernkonvensjonen i EU-retten ha betydning for Bernlandene og EU-landenes tolkningen av Bernkonvensjonen.

1.3.3 Norsk rett

Norsk opphavsrett reguleres av åndsverkloven. Åndsverksloven ivaretar opphavsmannens rettigheter ved å gi han enerett til verket:

«Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket.»²⁵

Videre legges det til grunn at bearbeidelser er omfattet av eneretten:

«Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.»²⁶

Det fremkommer av bestemmelses ordlyd at enerettens omfang av bearbeidelse er vidt. Avhandlingen vil foreta en mer inngående vurdering av dette i punkt 5.

²⁵ Åndsverkloven paragraf 1 første ledd

²⁶ Åndsverkloven paragraf 1 første ledd

1.3.4 Konklusjon

Som en følge av ønsket om å gi opphavsmenn vern for sine verk på tvers av landegrensene og kulturer er rettskildebildet internasjonalt anlagt. Opphavsrettens slik til nå har blitt fremstilt gir ett inntrykk av at opphavsmannens rettigheter knyttet til et verk er omfattende. Rettighetene knytter seg til eneretten av verket, men også et vern mot ulovlige bearbeidelser, eller rettere sagt, ulovlige etterlikninger.

1.4 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses mot en inngående drøftelse av hva som omfattes av verk i henhold til at frembringelsen må være på det «vitenskapelige, litterære eller kunstneriske» området. Videre avgrenses det mot de konsekvenser det har at norsk rett eventuelt ikke er i overensstemmelse med sine internasjonale forpliktelser.

1.5 Valg av språk

Bernkonvensjonen vil bli gjengitt på norsk ved Astri M. Lunds oversettelse. EU-direktivene og EU-dommene vil i all hovedsak bli vist til på engelsk. Begrunnelsen for det er at jeg er mest komfortabel med engelsk. Norsk høyesterett vil selvsagt bli gjengitt på norsk og skandinaviske dommer på det aktuelle språket.

1.6 Det videre opplegget

Under punkt 2 vil avhandlingen redegjøre for EU-retten på et overordnet plan, før forutsetningen for opphavsrettslig vern i EU-retten drøftes inngående under punkt 3. Videre vil det redegjøres for innholdet av det opphavsrettslige vernet under punkt 4, med særlig sikte på opphavsmannens enerett og verkets etterlikningsvern. Avhandlingens punkt vil vurdere rettsstillingen i norsk rett opp mot rettsstillingen i EU-retten.

2 Generelt om EU-rettens regulering av åndsverk

2.1 Innledning

EU-retten har på opphavsrettens område som formål å gi opphavsmannen enerett til sitt verk og verne mot ulovlig utnyttelse. Den som nyter vern vil som oftest være opphavsmannen, men kan også være en juridisk person som har fått overført rettighetene til et verk. Vernet omfatter rene gjengivelser/kopier, men også etterlikninger. Hvor langt vernet vedrørende etterlikninger strekker seg beror på en konkret vurdering og vil bli berørt senere i avhandlingen.

2.2 Utgangspunktet

Bernkonvensjonens formål er så sikre opphavsmannens rettigheter knyttet til sine litterære og kunstnerisk verk. Dette kommer frem av konvensjonens forale og artikkel 1. Videre presises begrepet «litterære og kunstneriske» verk. Det følger av artikkel 2 at vernet skal omfatte:

«Alle frembringelser på det litterære, vitenskapelige og kunstneriske område, uansett uttrykksmåte og -form, så som: bøker, brosjyrer og andre skrifter; foredrag, taler, prekener og andre verk av samme art; dramatiske eller musikkdramatiske verk; koreografiske verk og pantomimer; musikkkomposisjoner med eller uten ord; kinematografiske verk hvormed sidestilles verk uttrykt gjennom en fremgangsmåte som er analog med kinematografi; verk av tegnekunst, malerkunst, byggekunst, skulptur, gravyr og litografi; fotografiske verk, hvormed sidestilles verk uttrykt gjennom en fremgangsmåte som er analog med fotografi; verk av brukskunst; illustrasjoner, geografiske kart; plantegninger, skisser og tredimensjonale arbeider vedrørende geografi, topografi, byggekunst eller vitenskap»

En frembringelse som faller innenfor en av disse betegnelse kan betraktes som et åndsverk og kan dermed ha opphavsrettslig vern. Konvensjonens liste av hva som kan

anses å være et åndsverk er ikke uttømmende. Det ble lagt til grunn i Dataco I-dommen²⁷. Retten la til grunn at et dataprogram hadde vern etter databasedirektivet²⁸, forutsatt at det er originalt:

«As regards the setting up of a database, that criterion of originality is satisfied when, through the selection or arrangement of the data which it contains, its author expresses his creative ability in an original manner by making free and creative choices (see, by analogy, Infopaq International, paragraph 45; Bezpečnostní softwarová asociace, paragraph 50; and Painer, paragraph 89) and thus stamps his ‘personal touch’ (Painer, paragraph 92).»²⁹

Vernet av dataprogrammer i dommen viser godt Bernkonvensjonen dynamiske side og velfungerende system.

Ved tolkningen av en folkerettslig avtale skal metoden nedfelt i Wien-konvensjonen artikkel 33 – 31 legges til grunn³⁰. Konvensjonen er ikke ratifisert av alle de europeiske land, men prinsippene om tolkning kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett vedrørende tolkning av internasjonale traktater. Ved tolkningen av en folkerettslig avtale skal det legges en streng objektiv tolkning til grunn. Videre skal forarbeider og forhandlinger i forkant ilegges mindre vekt. Dette skyldes at medlemslandene bare har «akseptert» ordlyden i den folkerettslige avtalen og det som skjer i forkant av den endelige teksten ofte er usikkert og resultat av en tautrekking mellom partene.

Begrepet «litterære og kunstneriske verk» frembringelse setter en ramme for hvilke frembringelser som kan få vern etter EU-retten. Begrepet gis et innhold i artikkel 2, men gitt at den oppramsende listen ikke er uttømmende, gir den begrenset med veiledning.

²⁷ Football Dataco I-dommen, ICJ C-604/10

²⁸ Direktiv 96/6/EC – database-direktivet

²⁹ Football Dataco I-dommen, ICJ C-604/1, premiss 38

³⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

Begrepet allikevel noen holdepunkter for hva som kan få opphavsrettslig vern. For det første må verket ha materialisert seg. Det ligger dermed en begrensning mot ideer som ikke er blitt fremstilt. Det følger av opphavsrettens system at et verk ikke må registreres, offentliggjøres eller oppfylle andre formelle krav for å oppnå opphavsrettslig vern. Dette er utgangspunktet i EU-retten som i norsk rett. Videre har ikke fakta eller sannheter opphavsrettslig vern, men måten et faktum eller sannhet er presentert på, kan oppnå vern. Dette er noe av essensen i opphavsretten, det er den ytre manifestasjon som er vernet, det vil si vernets litterære eller kunstneriske form.

At frembringelsen må være på det litterære eller kunstneriske område ble lagt til grunn i Infopaq I-dommen³¹, uten at det ble trukket opp noen rammer for begrepet:

«It is, moreover, apparent from the general scheme of the Berne Convention, in particular Article 2(5) and (8), that the protection of certain subject-matters as artistic or literary works presupposes that they are intellectual creations»

Infosoc-direktives formål kommer blant annet frem av direktivets artikkel 1 nr. 1:

«This Directive concerns the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market, with particular emphasis on the information society.»³²

Direktivet bygger opp det opphavsrettslige vernet på en annen måte. Opphavsretten reguleres ved å beskytte vernede verk ved å forby ulovlig reproduksjon. Dette kommer til uttrykk i direktivets artikkel 2:

³¹ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, premiss 34

³² Infosoc I-direktivet artikkel 1 nr. 1

“Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part;

(a) for authors, of their works;

(b) for performers, of fixations of their performances;

(c) for phonogram producers, of their phonograms;

(d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films;

(e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.”

På samme måte som Bern-konvensjonen, gir ikke ordlyden noen holdepunkter for hva som kreves for at et verk skal ha opphavsrettslig vern etter EU-retten. Oppramsingen i artikkel 2 bokstav (a) til (b) gir holdepunkter for verket må være innenfor det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området. Direktivet tar ikke stilling til vern av brukskunst.

Hva som kreves for å oppnå opphavsrettslig vern er kommet på spissen i nyere rettspraksis fra EU-domstolen. Vilåret for vern kan vanskelig leses ut av ordlyden i konvensjonen eller direktivet.

2.2.1 Delkonklusjon

Regelsettene må forstås slik at de det kan foreligge opphavsrettslig vern hvis det er gjort en frembringelse på det litterære, kunstneriske eller vitenskapelige området. Hva som kreves av frembringelsen for å få vern kommer ikke frem. Kravet til verket er at det må være originalt – det må være opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Dette vilåret er kommet til uttrykk i senere praksis fra EU-retten og er å anse som sikker rett. Avhandlingen vil videre redegjøre for originalitetskravet og vurdere om vilåret er blitt harmonisert til gjelde på hele immaterialrettens område i EU-retten, inkludert brukskunst.

2.3 Hensyn og formål

Hensynene og formålene bak opphavsrettslig vern er av økonomisk og ideell karakter, basert på rettferdighets- og rimelighetssynspunkter.

2.3.1 Rettferdighets-/rimelighetshensyn

Dette hensynet bygger på en logisk tankegang og er nært knyttet til hensynene av økonomisk karakter. Den som har skapt noe, står klart nærmest til å nyte godene dette medfører, både ideelle og økonomiske.

2.3.2 Økonomisk karakter

Det økonomiske hensynet bak opphavsretten bygger på at opphavsmannen skal kunne høste fruktene av det han selv har skapt³³. Denne retten er ivaretatt ved at opphavsmannen har enerett til frembringelsen og bearbeidelser av det. Eneretten sikrer opphavsmannen, slik at stimuleres til å skape. Dette bidrar også til kulturell fremvekst. Denne økonomiske tryggheten er også med å sikre den som påtar seg økonomiske forpliktelser ved frembringelsen av et verk.

2.3.3 Ideell karakter

Dette hensynet bygger på respekt for opphavsmannens åndelige og kulturelle innsats. Den som har skapt noe, ofte et verk av personlig karakter, skal selv kunne bestemme om, og i hvilket omfang, et verk skal gjøres tilgjengelig. Det kan også tenkes at opphavsmannen ikke ønsker å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. For de tilfeller det er gjort unntak i opphavsmannens enerett, har opphavsmannen krav på å bli vist til på en lojal måte³⁴.

³³ Olav Torvunds, Opphavsrett – En introduksjon

³⁴ Se blant annet Bernkonvensjonen artikkel 10 (3) og åndsverkloven paragraf 22

2.3.4 Opphavsrettslige begrensninger

Eneretten omfatter verket og bearbeidelser av det. Det opphavsrettslige vernet strekker seg over opphavsmannens levetid og sytti år etter hans død. Det vil si at vernetiden potensielt kan vare i over hundre år.

Hensynene bak begrensningene er mer fremtredende ved vern brukskunst. Ved en monopolisering av en stilart og den effekten dette kan få for konkurransen og forbrukere, kan det være nødvendig med en begrensning i belønningshensynet. Koktvedgaard og Rognstad fremhever dette som en begrensning i opphavsmannens enerett. Tripp-Trapp-stolen kunne potensielt ha en slik effekt, gitt at stolen er blitt et ikon i store deler av verden, men konkurransehensynet og den påfølgende negative effekten for markedet var ikke fremtredende i Tripp-Trapp-dommen.

Dette leder til at selv om tanken om begrensninger knyttet til tidsperspektivet og friholdelsesbehovet har gode grunner for seg i form av reelle hensyn, er de ikke ilagt særlig juridisk vekt.

3 Vilkår for opphavsrettslig vern i EU-retten

3.1 Innledning

På bakgrunn av Bernkonvensjonen artikkel 2 (7) har det tradisjonelle utgangspunktet vært at Bernlandene står fritt til å regulere vilkår for vern av brukskunst. Denne delen av avhandlingen vil vurdere hvorvidt Bernlandene, på bakgrunn nyere EU-praksis, fortsatt står like fritt. En redegjørelse for vilkåret for vern på immaterialrettens område, særlig på bakgrunn av i EU-domstolens praksis, er relevant for denne vurderingen. Grunnen til dette er at vilkåret for vern synes å være harmonisert for store deler av immaterialrettens område i EU-retten. Er det nok holdepunkter for å si at det foreligger en totalharmonisering av vilkåret for vern, er det plausibelt å fremme et syn om dette også skal gjelde for brukskunst.

Utgangspunktet for vurderingen er Bernkonvensjonen og EU-direktivene, men det er en gjennomgang av rettspraksis fra EU-domstolen som klargjør rettsstillingen.

3.2 Vilkår for opphavsrettslig vern i EU-retten

3.2.1 Direktivene og Bernkonvensjonens ordlyd

Både Bernkonvensjonen og Infosoc-direktivet legger til grunn at verket må være på det litterære eller kunstneriske området, uten å utdype dette begrepet. Noen av direktivene på immaterialrettens område sier noe mer vedrørende kravet for vern.

Database-direktivet uttrykker følgende for vern av databaser:

«Whereas no criterion other than originality in the sense of the author's intellectual creation should be applied to determine the eligibility of the database for copyright protection, and in particular no aesthetic or qualitative criteria should be applied»³⁵

³⁵ 96/6/EC – database-direktivet fortaleten (16)

Og:

«For the purposes of this Directive, 'database' shall mean a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means»³⁶

Uttrykket «independent works» sier noe om kravet til vern. Vernet forutsetter et uavhengig arbeid, noe som setter grenser for vern av for eksempel etterlikninger eller slavisk gjengivelse.

Som gjennomgangen av EU-domstolens praksis vil vise, må det legges til grunn at det er overføringsverdi på tvers av immaterialrettens direktiver, og at de sammen med Bernkonvensjonen benyttes for å avklare rettsstillingen på opphavsrettens område i EU-retten.

3.2.2 Praksis fra EU-domstolen

Siden 2009 har EU-domstolen avsagt seks dommer som omhandler blant annet vilkår for opphavsrettslig vern. Dommene omhandler forskjellige typer verk for forskjellige deler av immaterialretten, men vilkåret for vern er således det samme. Opphavsrettslig vern i EU-retten forutsetter i dag på en forutsetning om at verket må være originalt, i den forstand at det er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Denne linjen ble trukket opp i 2008 i Infopaq I-dommen³⁷ og senere fulgt opp og presisert i Painer-dommen³⁸ og Dataco I-dommen³⁹.

3.2.2.1 Infopaq I-dommen

Infopaq I-dommen ble avsagt 16. juli 2009. Dommen gjaldt en medieovervåkingstjeneste «som uten å innhente tillatelse fra rettighetshaverne, foretok forskjellige prosesser av

³⁶ 96/6/EC – Database-direktivet artikkel 1 nr. 2

³⁷ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08

³⁸ Painer-dommen, ICJ C-145/10

³⁹ Dataco I-dommen, ICJ C-604/10

avisartikler; herunder scanning, omgjøring til digitale søkbare filer, fremstilling av utdrag inneholdende et hovedord samt fem etterfølgende og frem foranstående ord, i tillegg til å printe ut utdraget»⁴⁰. Retten kom til at gjengivelse av blant annet avisartikler i form av elleve ord var et brudd av opphavsmannens enerett og dermed en ulovlig gjengivelse.

På bakgrunn av Infosoc-direktivet vurderte retten blant annet grunnkravet for opphavsrettslig vern. Dommens hovedtema var en vurdering av skillet mellom eksemplarframstilling i direktivets artikkel 2 litra a som omfattes av opphavsmannens enerett, og vederlagsfri eksemplarframstilling etter direktivets artikkel 5, som er et unntak fra eneretten til eksemplarframstilling. Denne drøftelsen er ikke relevant for avhandlingen.

Retten trekker frem at vernet etter Infosoc-direktivet er et vern mot hel eller delvis ulovlig reproduksjon på bakgrunn av opphavsmannens enerett:

«Article 2(a) of Directive 2001/29 provides that authors have the exclusive right to authorise or prohibit reproduction, in whole or in part, of their works. It follows that protection of the author's right to authorise or prohibit reproduction is intended to cover 'work'.»⁴¹

Retten slår fast at denne eneretten må ses i sammen med Bernkonvensjonen:

«It is, moreover, apparent from the general scheme of the Berne Convention, in particular Article 2(5) and (8), that the protection of certain subject-matters as artistic or literary works presupposes that they are intellectual creations. »⁴²

EU-domstolen henter så inspirasjon fra andre deler av den europeiske immaterialretten, nærmere bestemt database-direktivet. Det fremheves at vern av databaser, dataprogrammer

⁴⁰ Tøien, Irina Eidsvold «Originalitetskravet i EU-retten – en ny kurs?»

⁴¹ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, premiss 33

⁴² Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, premiss 34

og fotografier forutsetter originalitet, at verket er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse:

«Similarly, under Articles 1(3) of Directive 91/250, 3(1) of Directive 96/9 and 6 of Directive 2006/116, works such as computer programs, databases or photographs are protected by copyright only if they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation»⁴³

Retten konkluderer så med at vern etter Infosoc-direktivet forutsetter originalitet, i den forstand at det er opphavsmannen egen intellektuelle frembringelse:

«In those circumstances, copyright within the meaning of Article 2(a) of Directive 2001/29 is liable to apply only in relation to a subject-matter which is original in the sense that it is its author's own intellectual creation»⁴⁴

Dommens konklusjon trekkes på bakgrunn av Bernkonvensjonen og et direktiv som gjelder for en annen del av immaterialretten. Med andre ord, et vilkår for vern som hører til en annen del av immaterialretten blir brukt til å presisere vilkåret for vern etter Infosoc-direktivet. Det legges til grunn at originalitet er en forutsetning for vern etter Infosoc- og Database-direktivet.

3.2.2.2 Painer-dommen

Painer-dommen ble avsagt 1. desember 2011. Dommen gjaldt originalitetskravet og omfanget av eneretten. Østerisk Høyesterett hadde kommet til at et portrettfotografi, på bakgrunn av de antatte få/begrensede valgmuligheter et slikt type fotografi medfører, hadde svakere vern enn andre frembringelser. EU-domstolen kom til, på bakgrunn av Infosoc-direktivet, at et portrettfotografi oppfylte kravet til originalitet og hadde et vern på lik linje

⁴³ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, premiss 35

⁴⁴ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, premiss 37

med alle andre typer verk. Retten benytter seg aktivt av direktiv 93/98 (the Copyright Term Directive) i vurderingen.

Retten presiserer problemstillingen:

«The fourth question, which it is appropriate to consider second, has been raised by the referring court in order to determine the correctness of the position according to which the defendants in the main proceedings did not need Ms Painer's consent to publish the contested photo-fit worked up from a portrait photograph, because the scope of the protection conferred on such a photograph was restricted, or even non-existent, because of the minor degree of formative freedom allowed by such photographs. »⁴⁵

Retten vurderer spørsmålet på bakgrunn av direktiv 93/98⁴⁶ og tidligere praksis:

As regards, first, the question whether realistic photographs, particularly portrait photographs, enjoy copyright protection under Article 6 of Directive 93/98, it is important to point out that the Court has already decided, in Case C-5/08 *Infopaq International* [2009] ECR I-6569, paragraph 35, that copyright is liable to apply only in relation to a subject-matter, such as a photograph, which is original in the sense that it is its author's own intellectual creation.»⁴⁷

Retten forutsetter originalitet for å få vern. Dette begrepet utdypes og presiseres videre i dommen:

«As stated in recital 17 in the preamble to Directive 93/98, an intellectual creation is an author's own if it reflects the author's personality.»

⁴⁵ Painer-dommen, ICJ C-145/10, premiss 86

⁴⁶ Directive 93/98/EEC - harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights

⁴⁷ Painer-dommen, ICJ C-145/10, premiss 87

«That is the case if the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices (see, a contrario, Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League and Others [2011] ECR I-0000, paragraph 98).»⁴⁸

Ved vurderingen av originalitet skal det legges vekt på om verket gjenspeiler opphavsmannens personlighet og om han ved frembringelsen har tatt frie og kreative valg.

3.2.2.3 Football dataco I-dommen

Dataco I-dommen ble avsagt 1. mars 2012. Dommen vurderte om databaser som inneholdt en utarbeidelse av engelske og skotske kampprogrammer hadde opphavsrettslig vern etter databasedirektivet⁴⁹.

Ved vurderingen av om en slik utarbeidelse var original og opphavsrettslig beskyttet, ble originalitetskravet lagt til grunn uten inngående behandling. Retten vurderte momenter som kunne få betydning ved originalitetsvurderingen:

«As regards the setting up of a database, that criterion of originality is satisfied when, through the selection or arrangement of the data which it contains, its author expresses his creative ability in an original manner by making free and creative choices (see, by analogy, Infopaq International, paragraph 45; Bezpečnostní softwarová asociace, paragraph 50; and Painer, paragraph 89) and thus stamps his ‘personal touch’ (Painer, paragraph 92).»⁵⁰

Retten fremhever at muligheten for frie og kreative valg vil få en betydning i originalitetsvurderingen.

⁴⁸ Painer-dommen, ICJ C-145/10, premiss 88 og 89

⁴⁹ Direktiv 96/6/EC – database-direktivet

⁵⁰ Football Dataco I-dommen, ICJ C-145/10, premiss 38

Dommen slo også fast at originalitetsvilkåret er det eneste som skal legges til grunn for opphavsrettslig vern i EU-retten:

«It is true that, as regards databases which were protected on 27 March 1996 by national copyright arrangements under different eligibility criteria than those set out in Article 3(1) of Directive 96/9, Article 14(2) of the directive preserves the duration of the protection granted by such arrangements in the Member State concerned. However, subject only to that transitional provision, Article 3(1) of the directive precludes national legislation which grants databases as defined in Article 1(2) of that directive copyright protection under conditions which are different to that of originality laid down in Article 3(1) of the directive.»⁵¹

3.2.3 Konklusjon

På bakgrunn av forannevnte praksis kan det legges til grunn at det har funnet sted en harmonisering av et vilkår vern på immaterialrettens område i EU-retten. For å oppnå vern, må verket være originalt - opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Originalitetsvurderingen kan blant annet bygge på om opphavsmannen har tatt kreative valg og om verket kan sies å gjenspeile han personlighet.

Et åndsverk som faller innenfor begrepene litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk i Bernkonvensjonen eller Infosoc-direktivet, og som oppfyller kravet til originalitet, har opphavsrettslig vern etter EU-retten.

Det relevante spørsmålet er hvor langt denne harmoniseringen av grunnkravet strekker seg. Denne problemstillingen vil bli drøftet i neste avsnitt.

⁵¹ Football Dataco I-dommen, ICJ C-604/10, premiss 50

3.3 Omfattes Brukskunst av originalitetskravet, til tross for Bernkonvensjonen artikkel 2 (7)?

Forrige avsnitt trakk fram kravet til originalitet for opphavsrettslig vern. Spørsmålet nå er om det har skjedd en totalharmonisering av originalitetsvilkåret i EU-retten for alle verkstyper på immaterialrettens område.

Avhandlingen har redegjort for at det er Bernlandene selv fastsetter vilkårene og innholdet av vern av brukskunst, med unntak fra vernetiden.

Denne selvreguleringen av brukskunst har ført til at det opphavsrettslige vernet av brukskunst er forskjellig i Bernkonvensjonens medlemsland. Dette gjelder vernets innhold, eneretten, og vernets omfang, etterlikningsvernet. Det antas for eksempel at brukskunst etter nordisk rett må oppfylle en strengere originalitetsvurdering for å nyte vern og at etterlikningsvernet er svakere enn for andre typer frembringelser. Dette vil avhandlingen komme tilbake til. I henhold til henhold til premiss 68 i Tripp-Trapp-dommen er spørsmålet om Bernunionens medlemsland i lys av senere EU-praksis vedrørende harmoniseringen av vilkåret for vern, ikke kan se bort ifra kravet om originalitet som vilkår for opphavsrettslig vern av brukskunst.

Den svenske Høyesterett tok i NJA 2009 s 159⁵² stilling til om en Mini Maglite, en brukskunstgjenstand, hadde opphavsrettslig vern. En av problemstillingene retten måtte ta stilling til var om verket måtte oppfylle de nasjonale kravene til brukskunst eller kravet til originalitet på bakgrunn av senere domsavsigelser i EU-retten. Retten fremhevet følgende:

«Enligt två EG-direktiv skall sålunda datorprogram och fotografier kunna omfattas av ett upphovsrättsligt skydd, bl.a. under förutsättningen att alstret är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse; det tilläggs att inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas för rätten till skydd (direktiven

⁵² NJA 2009 s. 159

91/250/EEG och 93/98/EEG). Ett direktiv om rättsligt skydd för databaser har fått en likartad utformning på denna punkt (96/9/EG).

Den partiella harmonisering som följer av direktiven är alltså begränsad till vissa särskilt angivna alster och får anses motiverad av dessa alsters särskilda art. Det finns inte anledning att i detta mål gå in på frågan vad som ligger i den i direktiven angivna förutsättningen om originalitet. Här kan dock konstateras att stöd saknas i nu gällande rätt för att - under intryck av EG-direktiven - på området för brukskonst avvika från hittills tillämpade krav för upphovsrätt.»⁵³

Retten la til grunn at deler av immaterialretten har blitt harmonisert i EU-retten. Originalitetsvilkåret i EU-retten ble lagt til grunn som en forutsetning for opphavsrettslig vern også etter svensk rett, men retten kom til at harmoniseringen var begrenset til dataprogrammer, databaser og fotografier. Dommen kan dermed tas til inntekt for at originalitetskravet i EU-retten ikke gjelder for brukskunst.

EU-domstolen avsa den såkalte Flos-dommen⁵⁴ 27. januar 2011. Dommen vurderte blant annet grensdragningen mellom design-direktivets artikkel 3 nr. 1, som forutsetter registrering for vern og Infosoc-direktivet som på bakgrunn av senere EU-praksis, forutsetter originalitet for vern.

Flos-dommen omhandlet blant annet en tolkning av Design-direktivets⁵⁵ artikkel 17. Artikkel 17 forutsetter at et vernet design etter direktivet kvalifiserer til opphavsrettslig vern i den aktuelle stat fra designet er «created or fixed in any form», men på de vilkårene fastlagt av den aktuelle stat. Det følger av design-direktivets system at uregistrerte verk faller utenfor direktivets vern⁵⁶, allikevel fremhever retten at:

⁵³ NJA 2009 s 159, s. 5

⁵⁴ Flos-dommen, ICJ C-168/09

⁵⁵ Directive 98/71, Design-direktivet

⁵⁶ Directive 98/71, Design-direktivet Artikkel 3 (1)

«It is conceivable that copyright protection for works which may be unregistered designs could arise under other directives concerning copyright, in particular Directive 2001/29 (Infosoc-direktivet, min presisering), if the conditions for that directive's application are met, a matter which falls to be determined by the national court.»⁵⁷

Med andre ord, originalitetskravet kan tenkes anvendt på uregistrerte verk og oppnå vern etter Infosoc-direktivet. Det finnes ingen legaldefinisjon eller klare grenser for brukskunstbegrepet, og det kan følgelig tenkes at en brukskunstgjenstand potensielt kan oppnå vern etter Design- og Infosoc-direktivet. Dommens premisser kan dermed medføre følgende situasjon: brukskunst som ikke registreres (og dermed ikke oppnår vern etter Design-direktivet) kan oppnå vern på bakgrunn av Infosoc-direktivet. Vern på bakgrunn av Infosoc-direktivet forutsetter originalitet, det vil si at brukskunsten må oppfylle dette vilkåret for å oppnå vern.

Opphavsrettslig vern etter Design-direktivet avgjøres nasjonalt⁵⁸, mens opphavsrettslig vern etter Infosoc-direktivet reguleres av originalitetskravet. En brukskunstgjenstand som vil oppfylle kravene for vern etter begge direktivene, vil derfor potensielt bli møtt av to forskjellige vurderinger for vern. En internasjonal originalitetsvurdering fastsatt i senere praksis og en nasjonal, potensielt annerledes originalitetsvurdering.

Legges overnevnte vurdering til grunn, kan det hevdes at EU-retten vedrørende brukskunst har endret seg og at det tradisjonelle utgangspunkt knyttet til Bernkonvensjonens artikkel 2 (7) ikke lenger gjelder. Det kan på bakgrunn av nyere rettspraksis hevdes at EU-retten nå stiller et krav til hva som vernes som brukskunst, ved et krav om originalitet.

Universitetsstipendiat Irina Eidsvold Tøien tok i artikkelen «Originalitetskravet i EU-retten – ny kurs?» stilling til blant annet dette. Artikkelen påpeker blant annet at det «kan synes

⁵⁷ Flos-dommen, ICJ C-168/09, premiss 34

⁵⁸ Design-direktivet Artikkel 17

som om EU-domstolen med dette (med henvisning til Fototball Dataco I-dommen⁵⁹ som fastsatte at originalitetskravet er det eneste vilkåret som kan stilles for opphavsrettslig vern) fastslår at originalitetskriteriet i EU-retten er totalharmonisert; i den forstand at det kriteriet (originalitetskriteriet) skal legges til grunn for opphavsrett på hele opphavsrettsfeltet og i alle medlemsland». Forfatteren viser så til Jens Schovsbo og Lionel Bently som fremmer liknende syn i egne presentasjoner. Videre fremheves det, med rette etter min mening, at man må være kritisk til hvor lang rekkevidde man skal gi den senere praksis. Holdepunktene for at en slik totalharmonisering har funnet sted må hele tiden holdes opp mot at det klare utgangspunkt⁶⁰ er at Bernunionens medlemsland selv regulerer vilkår og innholdet for det opphavsrettslige vern av brukskunst.

3.4 Gode grunner for et totalharmonisert Originalitetsvilkåret

En totalharmonisering av originalitetsvilkåret i EU-retten vil gi opphavsmenn trygghet og forutberegnelighet. Han vil ha de samme rettighetene og bli stilt de samme kravene uavhengig av hvilket EU-land han befinner seg i. Med dette utgangspunktet er det klart at et totalharmonisert grunnvilkår har gode grunner for seg.

Immaterialretten i EU fungerer godt er i takt med tiden. På bakgrunn av hyppige direktiver som unionslandene er pålagt å implementere og en dynamisk og aktiv EU-domstol holder EU-retten tritt med utviklingen på immaterialrettens område. Dette gjør at EU-retten er godt forberedt på å kunne takle den opphavsrettslige vurderingen av også brukskunst (hvis man ser bort ifra snikharmonisering), selv om den byr på spesielle utfordringer.

Usikkerheten omkring temaet, og om vilkårene som eventuelt stilles for vern av brukskunst er uheldig. Reglene og rettssystemet som er blitt utviklet i EU-retten fungerer godt, materielt og geografisk. At om originalitet også skal gjelde brukskunst har de beste grunner for seg.

⁵⁹ Fototball Dataco I-dommen, ICJ C-604/10

⁶⁰ Bernkonvensjonen artikkel 2 (7)

4 Det opphavsrettslige vern

4.1 Innledning

Foreligger det en original frembringelse på det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området, nyter opphavsmannen opphavsrettslig vern til verket. Avhandlingen vil nå se på vernets innhold og omfang, som tidvis vil bli vist til som eneretten og etterlikningsvernet. Spørsmålene omkring eneretten er hvilke eksklusive rettigheter opphavsmannen oppnår i kraft av å være opphavsmann. Videre er etterlikningsvernet et spørsmål om hvor nært en frembringelse kan legge seg opphavsmannens frembringelse. Det vil bli tatt utgangspunkt i Bernkonvensjonen, Infosoc-direktivet og rettspraksis.

4.2 Opphavsmannens enerett i EU-retten

Som vi skal se er den opphavsrettslige enerett omfattende. Det er allikevel gjort legislative unntak fra enerett. Unntakene er begrunnet i allmenne hensyn og skal blant annet sikre pressefrihet, offentlige interesser (bibliotek, museer o.l.) og ytringsfrihet. Det det foreligger slike unntak har opphavsmannen krav på å bli vist til på en god og lojal måte.

4.2.1 Vurderingens utgangspunkt

Bernkonvensjonens og Infosoc-direktivets utgangspunkt er å gi opphavsmannen enerett til verket sitt. Denne eneretten består av ideelle og økonomiske interesser, med særlig tanke på distribusjons- og reproduksjonsretten. Eneretten bygger på at opphavsmannen selv må godkjenne andres bruk av sitt verk, enten mot kompensasjon eller ikke og kan motsette seg ulovlig bruk. Eneretten tillater også opphavsmannen å ikke gjøre verket sitt tilgjengelig hvis han skulle ønske det.

Enerettens innhold kommer blant annet til uttrykk i Bernkonvensjonens artikkel 8 (oversettelsesretten), 11 (retten til offentlig overføring og fremføring) og artikkel 6bis (de ideelle rettighetene).

Bernkonvensjonen regulerer eneretten i artikkel 9 (1):

«Opphavsmenn til litterære og kunstneriske verk som vernes etter nærværende konvensjon, nyter enerett til å tillate reproduksjon av disse verk, på enhver måte og i enhver form.»

Det kommer frem av bestemmelsen eneretten knytter seg til reproduksjonsretten, den økonomisk sett viktigste siden av eneretten, og at eneretten er omfattende. Reproduksjonsretten omfatter eneretten til reproduksjon på «enhver måte og i enhver form».

Opphavsmannens enerett kommer også til uttrykk i Infosoc-direktivet. Under betegnelsen «objective and scopes» i artikkel 1, står det blant annet at «This directive concerns the legal protection of copyright and related rights». Opphavsmannens enerett kommer så til uttrykk i artikkel 2:

«Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part.»⁶¹

Eneretten sikrer at opphavsmannen selv får avgjøre utnyttelsen av sitt verk. Formålet med vernet etter begge regelsettene er det samme, opphavsmannens rettigheter til verket skal ivaretas. Det følger av begge regelsettene at eneretten til reproduksjon også omfatter reproduksjonen av bearbeidelse. Eneretten gjelder, spesifisert i Infosoc-direktivet, verket i sin helhet og enkelte deler. Hovedformålet er at verket ikke skal kunne kopieres eller reproduseres av andre. Det bygger på et av hovedhensynene bak opphavsretten, belønningshensynet.

⁶¹ Infosoc-direktivet artikkel 2

Det er vanskelig å avgjøre hva som ligger i opphavsmannens enerett basert på ordlyden i regelsettene. Det kan allikevel trekkes frem at eneretten bygger på økonomihensyn til fordel for opphavsmannen, han skal selv kontrollere tilgjengeliggjøringen for allmenheten, de økonomiske aspektene er som er knyttet til eneretten til reproduksjon som er forbeholdt opphavsmannen. Videre kan det trekkes frem at eneretten til bearbeidelser skal være omfattende.

4.2.2 Relevant praksis

Dommene avhandlingen vil vurdere drøfter både eneretten og etterlikningsvernet. Det ikke alltid like lett å avgjøre om dommene vurderer den ene eller den andre siden av vernet. Dette fører oss over til at vurderingen om at eneretten i dette henseende ser ut til å glir over i vurderingen av etterlikningsvernet. Og dette stemmer, for etterlikningsvernet er, satt på spissen, en vurdering av hvor langt eneretten ved bearbeidelse strekker seg.

Infopaq I-dommen behandlet blant annet spørsmålet om «visse behandlingsprosesser av avisartikler var vederlagspliktige eksemplarframstillinger»⁶² etter Infosoc-direktivet artikkel 5. Retten slo fast at artiklene dataprogrammet Infopaq hentet stoffet sitt fra hadde opphavsrettslig vern, og vurderte så om en gjengivelse i elleve ord var en «reproduksjon» i henhold til Infosoc-direktivets artikkel 2, som er forbeholdt eneretten. Dommens resultat er at avisartikler kan ha opphavsrettslig vern og at en systematisert komprimering av dens innhold, gjengitt i elleve ord, er en gjengivelse. Dommen gir holdepunkter om opphavsmannens enerett og etterlikningsvernet.

Domsavsigelsen er det godt eksempel på at vernets innhold, eneretten og vernets omfang, etterlikningsvernet, er tett bundet sammen. Retten uttalte blant annet at:

«With respect to the scope of such protection of a work, it follows from recitals 9 to 11 in the preamble to Directive 2001/29 that its main objective is to introduce a

⁶² Tøien, Irina Eidsvold «Originalitetskravet i EU-retten – en ny kurs?», s. 405

high level of protection, in particular for authors to enable them to receive an appropriate reward for the use of their works, including at the time of reproduction of those works, in order to be able to pursue their creative and artistic work.

Similarly, recital 21 in the preamble to Directive 2001/29 requires that the acts covered by the right of reproduction be construed broadly.

That requirement of a broad definition of those acts is, moreover, also to be found in the wording of Article 2 of that directive, which uses expressions such as ‘direct or indirect’, ‘temporary or permanent’, ‘by any means’ and ‘in any form’.

Consequently, the protection conferred by Article 2 of Directive 2001/29 must be given a broad interpretation.»⁶³

Eneretten knyttet seg til reproduksjonsretten. Denne retten skal bli «construed broadly» og gis en «broad interpretation». Når eneretten sies å omfatte gjengivelse i meget forandret form, fra en hel artikkel til elleve ord, glir eneretten over på etterlikningsvernet som skal verne opphavsmannen mot det som kommer «etter» hans verk. Dommen kan altså tas til inntekt for at eneretten og etterlikningsvernet skal være omfattende.

Hovedspørsmålet i Painer-dommen var om ett portrettfotografi hadde et svakere vern mot gjengivelser på bakgrunn av et slikt type bilde angivelig ikke bød på mange valgalternativer for fotografen. Østerisk Høyeste rett hadde lagt det til grunn under nasjonal behandling. EU-domstolen kom til at portrettfotografiet hadde opphavsrettslig vern fremhever at:

«As regards, secondly, the question whether such protection is inferior to that enjoyed by other works, particularly photographic works, it is appropriate to point out straightaway that the author of a protected work is, under Article 2(a) of

⁶³ Infopaq I-dommen, IJ C-5/08, premiss 40-43

Directive 2001/29, entitled to, among other things, the exclusive right to authorise or prohibit its direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part”

“In that regard, the Court has held that the protection conferred by that provision must be given a broad interpretation (see *Infopaq International*, paragraph 43)).»⁶⁴

Retten legger til grunn at eneretten i denne saken skal gis på bakgrunn av overnevnte artikkel 2 i Infosoc-direktivet. Konklusjonen må forstås slik at eneretten er den samme for alle verkstyper gitt at de er et «protected work». Videre skal eneretten også her gis en «broad interpretation», med henvisning til Infopaq I-dommen. Begge dommene vurderer om det foreligger opphavsrettslig vern, avisartikler og portrettfotografi, for så å vurdere om gjengivelsen er i strid med opphavsretten. Dommene gir ikke uttrykk for at de på et tidspunkt vurderer verkets originalitet for vern og på et annet om bearbeidelser er for «nær».

Vurderingstemaet er om begrepet «broad interpretation» og «broad definition» bare skal gjelde for eneretten, eller også etterlikningsvernet. Gitt at dommene i begge tilfellene kommer til at det foreligger et brudd på eneretten og ikke ser ut til å dele vurderingen av om verket har vern og om det foreligger en ulovlig bearbeidelse, mener jeg at det grunnlag for å trekke en konklusjon om at dommen kan tas til inntekt for en vurdering av eneretten og etterlikningsvernet.

På bakgrunn av at opphavsretten skal være mest mulig harmonisert, vil vurderingen også få betydning for eneretten og etterlikningsvernet brukskunst eventuelt skulle nyte på bakgrunn av EU-retten.

⁶⁴ Painer-dommen, ICJC-145/10, premiss 95-96

4.2.3 Konklusjon

Et bredt vern/vidt beskyttelsesomfang, slik retten la til grunn i disse dommene stemmer også godt med hensynene bak opphavsretten. Dette fremhever retten direkte, en omfattende enerett til et verk skal gi opphavsmenn incentiv til å forfølge sitt kreative og kunstneriske arbeid. Dette kommer spesielt frem i Infopaq I-dommen, det arbeidet som legges ned for å produsere en avisartikkel er vernet mot automatiserte gjengivelser i meget komprimert form. Eneretten må her sies å omfatte også en stor bearbeidelse.

Det er allikevel vanskelig å si noe konkret i hva som ligger i vernet, annet enn at opphavsmenn skal nyte et «høyt» beskyttelsesnivå. Vurderingen kommer på spissen når man ikke lenger har å gjøre med slaviske gjengivelser, men massive bearbeidelser.

4.3 Det opphavsrettslige etterlikningsvern i EU-retten

Med etterlikningsvernet menes opphavsmannen vern mot ulovlige frembringelser av sitt verk. Vernet sikrer opphavsmannen på det økonomiske og ideelle plan. Vernets omfang får betydning i tre situasjoner. Der det foreligger en ren etterligning/gjengivelse. Der opphavsmannens verk er blitt bearbeidet og for det tredje, der et vernet verk var utgangspunktet for det nye verket, men det er skapt et selvstendig originalt verk. Det er den tredje situasjonen avhandlingen vil ta for seg. Spørsmålet er hovedsakelig en vurdering av hvor nært et verk kan legge seg inntil det vernede verket uten å være i strid med opphavsmennenes enerett til bearbeidelse. Når går et verk fra å være «bearbeidet», som er forbeholdt eneretten, til å være et nytt selvstendig verk?

4.3.1 Ordlyden

Det følger av opphavsrettens system at rene kopier av et vernet verk er ulovlig og at opphavsmannen er beskyttet mot slike frembringelser. Begrepet «bearbeidelser» er brukt to steder i Bernkonvensjonen. Begrepet benyttes konvensjonens artikkel 2 (3):

«På samme måte som originalverk vernes, uten at de rettigheter som tilkommer originalverkets opphavsmenn derved innskrenkes, oversettelser, bearbeidelser, musikkarrangementer og andre gjengivelser i endret skikkelse av et litterært eller kunstnerisk verk.»

Og artikkel 12:

«Opphavsmenn til litterære eller kunstneriske verk nyter enerett til å bearbeide, arrangere eller på andre måter omforme disse.»

Jeg tolker det slik at begge rettsreglene er ment å omfatte bearbeidelser av et vernet verk som omfattes opphavsmannens enerett.

Infosoc-direktivet tar ikke opp bearbeidelser eksplisitt, men artikkel 2 beskytter opphavsmannen mot «reproduction in any form». Det er, under punkt 4.3.2 ved vurderingen av Infopaq-dommen, gjort rede for at dette omfatter opphavsmannens enerett og etterlikningsvernet. Begrepet «reproduction in any form» må dermed forstås som et vern mot bearbeidelser.

Det er på det rene at det ikke finnes noen legaldefinisjon på begrepet «bearbeidelser». En tolkning av begrepet «bearbeidelse» tilsier at det vernede verket er benyttet som utgangspunkt og blitt «gjort noe med». En bearbeidelse kan foreligge i utallige variasjoner og gi utallige forskjellige resultater. En ren ordlydsfortolkning kunne tilsi at et nytt verk som ikke er en bearbeidelse (det vil si at opphavsmannen ikke har startet med det vernede verket foran seg og endret på det) og likner på det vernede verket, ikke er en ulovlig etterlikning. En slik tolkning ville ledet til mange uheldige resultater og en uholdbar rettsstilling for opphavsmannen. Ser det endelige resultatet ut som en bearbeidelse av et vernet verk, skal de vurderes som en bearbeidelse selv om opphavsmannen ikke har startet prosjektet med et eksemplar av det vernede verket foran seg.

Bearbeidelse kan ikke sies til å være begrenset på bakgrunn av verkstypen. Etterlikningsvernet vil dermed også omfatte frembringelser på kryss av de forskjellige verkstyper, et maleri på bakgrunn av et bilde eller sceneverk på bakgrunn av en bok eller novelle.

Amerikansk rett bygger også på prinsippet om at bearbeide verk («derivative work») er forbeholdt opphavsmannens enerett. Begrepet er også forsøkt gitt en definisjon:

«“A “derivative work” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work.”»⁶⁵

Særlig formuleringen “recast, transformed, or adapted” tilsier et meget vidt vern mot bearbeidelser, men sett under ett underbygger bestemmelsen at det er vanskelig å angi faste prinsipper for når det foreligger en bearbeidelse og når verket er et eget selvstendig verk.

Knoph⁶⁶ underbygger også dette synet og fremhever at det «kreves både juridisk og kunstnerisk forståelse» for å trekke opp en grense.

Vernet er i hovedsak gitt i form av vern mot reproduksjon. Opphavsmannen gis en enerett til selv å avgjøre utnyttelsen av sitt verk. Formålet med vernet etter begge rettskildene er det samme, opphavsmannens rettigheter til verket skal ivaretas. Verkets helhet og enkelte deler er beskyttet. Hovedformålet er at verket ikke lovlig skal kunne kopieres eller reproduseres av andre. Dette er et av hovedhensynene bak opphavsretten, opphavsmannens enerett til utnyttelse av verket.

⁶⁵ US Copyright Act, 17 U.S.C. § 101

⁶⁶ Knoph «Oversikt over norsk rett» (2009), s. 488

4.3.2 Relevant praksis

Som avhandlingen gjorde rede for under punkt 4.2.2, rettspraksis vedrørende opphavsmannens enerett, kan domspremissene tas til inntekt for vernets omfang. Også for denne vurderingen er Infopaq I-dommen særlig relevant. En gjengivelse av en avisartikkel i elleve ord var et brudd på etterlikningsvernet.

Det er dermed dekning i rettskildebildet til å legge til grunn at etterlikningsvernet er omfattende og vidt, det skal gis en «broad interpretation».

4.4 Konklusjon

Vurderingene omkring eneretten og etterlikningsvernet byr på utfordringer. Delvis fordi Bernkonvensjonen og Infosoc-direktivet ikke redegjør annet enn generelle prinsipper om det opphavsrettslig vernet. Dette fører igjen til at EU-dommene ikke presist angir vilkår og begrensninger, men generelle betraktninger, selv om de har et konkret tilfelle å arbeide utfra.

Det er allikevel rettslig grunnlag for å si at begge sider av vernet skal nyte et sterkt opphavsrettslig vern, men at det er vanskelig å gi noen generelle betraktninger. Uttrykk som «high level of protection»⁶⁷ fra EU-domstolen underbygger dette poenget. Et slikt utgangspunkt, selv om det er lite innholdsmessig i det, legger allikevel ytterrammene av vurderingen. Dette utgangspunktet stemmer godt med de økonomiske tankene bak opphavsretten og har sann sett en positivt stimulerende virkning for opphavsmenn og har kanskje en preventiv effekt på uoriginale skapere.

⁶⁷ Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08

4.5 Forskjellig vern for forskjellige frembringelser?

Kapittelet vil se nærmere på om visse opphavsrettslige frembringelser etter sin art kan ha et svakere eller sterkere vern, enten det gjelder eneretten eller etterlikningsvernet. Rettskildene legger til grunn at noen typer verk skal ha forskjellig vern. Bernkonvensjonen pålegger medlemslandene minimum femogtyve års vernetid for brukskunst og fotografiske verk⁶⁸, medlemslandene skal bestemme innholdet og omfanget av vernet. Videre gis fotografiske verk 50 års vernetid i TRIPs-avtalen⁶⁹. Når det gjelder vernet i relasjon til innholdet av eneretten og graden av etterlikningsvern, er det ikke grunnlag for å si at vernets omfang kan variere på bakgrunn av hva slags frembringelse det er.

Temaet var oppe i Painer-dommen. På bakgrunn av de påståtte begrensede valgmuligheter knyttet til et slikt type verk, ble det fremholdt at verket hadde et snevrere vern. Høyesteretten i Østerrike konkluderte med at et portrettfotografi hadde et snevrere vern på bakgrunn av antatte få valgmuligheter. Til dette sa EU-domstolen:

«In the light of the foregoing, the answer to the fourth question is that Article 6 of Directive 93/98 must be interpreted as meaning that a portrait photograph can, under that provision, be protected by copyright if, which it is for the national court to determine in each case, such photograph is an intellectual creation of the author reflecting his personality and expressing his free and creative choices in the production of that photograph. Since it has been determined that the portrait photograph in question is a work, its protection is not inferior to that enjoyed by any other work, including other photographic works.»⁷⁰

Retten legger til grunn at originalitetsvilkåret var oppfylt ved frembringelsen av portrettfotografiet og at det dermed hadde opphavsrettslig vern. Vernet av dette verket «is not inferior» enn andre typer verk. Jeg tolker dommen slik at så lenge verk oppfyller originalitetsvilkåret, skal det ha vern på lik linje med andre verkstyper. Dette er et naturlig

⁶⁸ Bernkonvensjonen artikkel 7 (4)

⁶⁹ TRIPs avtalen artikkel 12

⁷⁰ Painer-dommen, ICJ C-145/10, premiss 99

utgangspunkt. Et annet utgangspunkt ville medført et massivt sett med rettsregler som regulerte vernet av forskjellige typer verk, og det ville videre vært umulig å klart definere hvilke typer verk som hadde hørt hjemme under de forskjellige kategoriene. Lovens system, med unntak fra blant annet brukskunsten, med en harmonisering av vilkårene for vern og vernets innhold og omfang, ser ut til å være et naturlig og velfungerende valg.

En indirekte begrensning i vernets omfang følger av opphavsrettens system. Dette vil avhandlingen komme tilbake til i den konkluderende delen. Men dette er tanke som bygger på at mindre kreative verk vil ha en svakere vern mot andre verk enn mer kreative, da vernet bare omfatter det den kreative nyvinningen. Dette bygger også under at det er vanskelig å legge generelle prinsipper for vernet, da dette i hver sak for hvert verk må avgjøres konkret på bakgrunn av verkets grad av originalitet.

Overnevnte problem kan bli aktuelt på bakgrunn av en domspremiss i Flos-dommen⁷¹, omtalt under punkt 3.3. EU-rettens domspremisser kan tolkes slik at et verk potensielt kan oppnå vern etter både Design- og Infosoc-direktivet. Dette vil medføre at verket kan bli møtt med to forskjellige regelsett for vern, nasjonal vurdering av etter Design-direktivet eller originalitetskravet utformet i nyere EU-praksis.

⁷¹ Flos-dommen, ICJ C-168/09

5 Harmoniseringens betydning for norsk rett

5.1 Innledning

Avhandlingen har redegjort for at det har skjedd en harmonisering av store deler av opphavsretten i EU-retten. Opphavsrettslig vern forutsetter at verket er originalt. EU-retten har også tatt stilling til omfanget av eneretten og vernet mot etterlikninger. Den siste tids utvikling av EU-retten kan få betydning for to deler av norsk retts opphavsrett. For det første om norsk rett bygger på det samme originalitetsvilkåret for vern og for det andre om vernet har samme omfang. Disse problemstillingene vil bli drøftet hver for seg.

Formålet med Infosoc-direktivet var en videre harmonisering EU-landenes lovgivning på opphavsrettens og opphavsrettslig beslektede områder. Med virkning fra 1. juli 2005 ble direktivet implementert i norsk rett. På bakgrunn av EØS-avtalen er norsk rett pålagt å være i overensstemmelse med EU-retten. EU-retten er et dynamisk rettssystem, der EU-domstolen gjennom sin rettspraksis har en aktiv rolle i rettsutviklingen. For å sikre ensartethet skal EØS-retten som utgangspunkt utvikle seg tilsvarende. Dette betyr at norsk rett må følge EU-rettens rettsutvikling av Infosoc-direktivet og Bernkonvensjonen, hvis den indirekte legges til grunn gjennom for eksempel en tolkning av direktivet.

Bernkonvensjonens unionsland regulerer selv, gjennom nasjonal lovgivning, vernet av brukskunst, med unntak av vernetiden. Det har med andre ord vært opp til unionslandene å regulere om brukskunst skal vernes, hvordan det skal vernes og hvilket omfang vernet skal ha.

5.2 Forholdet mellom norsk og internasjonal rett

Norge undertegnet EØS-avtalen i 1992. Loven trådte i kraft 1. januar 1994. Norge utgjør sammen med Sveits (ikke med i EØS), Island og Liechtenstein EFTA-landene/statene. EØS-avtalen er en avtale mellom EU-landene og EFTA-landene som gir Norge adgang til EUs indre marked. Samtidig gir denne avtalen EU en betydelig rolle i EFTA/EØS-

landene. Det følger av EØS-loven paragraf 2 at EU/EØS regler som er gjennomført i norsk rett er gitt forrang fremfor norsk rett, med unntak fra Grunnloven⁷²:

«Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.»

Norge er forpliktet til løpende å gjennomføre ny EU-rett i norsk rett som en følge av EØS-avtalen. Til forskjell fra EU-statene, må alle rettsakter gjennomføres i norsk rett av norsk lovgiver, mens noen rettsakter i EU-statene har direkte virkning i nasjonal rett. Gjennomføringen av EU-retten må være lojal, men overlater et visst spillerom til norsk lovgiver med hensyn til hvordan man teknisk og rent praktisk skal innpasse EU-retten i norsk rett⁷³.

Det er på det rene at EU-retten er under konstant utvikling, det er også et uttalt mål at EU-retten skal være slik, «dynamisk». Gjennom rettspraksis har EU-domstolen en viktig rolle i å utvikle retten i takt med samfunnstiden og den generelle rettsoppfatningen i samfunnet. Gjeldene EU-rett er dermed ikke bare direktivenes eller folkerettslige avtalers ordlyd, men denne ordlyden sett i lys av relevant tolkning og praksis i EU-domstolen. Dette medfører at den norske lovgiver og eventuelt norske domstoler, må tolke EU-retten på bakgrunn av dens seneste rettsutvikling. Det betyr at internasjonale forpliktelser omfatter både lovteksten og siste utvikling fra praksis.

5.3 Brukskunstens stilling i norsk rett

Avhandlingen har avklart rettsstillingen på opphavsrettens område når det gjelder vernets grunnvilkår og vernets omfang. En vurdering av om norsk rett er i samsvar med EU-retten

⁷² EØS-loven paragraf 2

⁷³ NOU 2012: Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU

nødvendigjør en redegjørelse av norske opphavsrett. Avhandlingen vil først vurdere originalitetsvilkåret for opphavsrettslig vern i norsk rett og teorien om at norsk rett stiller et strengere originalitetskrav for opphavsrettslig vern av brukskunst. Videre vil vernets innhold, i all hovedsak eneretten og vernets omfang, i all hovedsak etterlikningsvernet, bli vurdert opp mot EU-retten.

5.3.1 Fremveksten av brukskunstvernet

Opphavsrettslig vern i Danmark-Norge og senere i Norge, fulgte stort sett det samme mønstret som ute i Europe⁷⁴. «Den første beskyttelse for bildende kunst kom med lov av 12. oktober 1857, som ga de gjelde reglene om forlagsrett til skrifter og om ettertrykk anvendelse også på forlagsrett til musikalier, kobberstikk, stentrykk og andre avbildninger»⁷⁵. Videre fikk billedhuggere et opphavsrettslig vern med lov av 29. april 1871 og fotografiske bilder fikk vern med lov av 12. mai 1877.

Opphavsretten var i denne perioden under sterk utvikling, «og begrensningene når det gjaldt enerettene fremføring og oversettelse kom snart til å fremstå som lite rimelig»⁷⁶. Norsk rett fikk endret rettsstillingen rett før 1900-tallet. «Den 4. juli 1893 fikk vi så loven om forfatter- og kunstnerrett («forfatterrettsloven»), som avløste skrifteiendomsrettesloven og loven om kunstnerisk eiendomsrett, og i 1896 tiltrådte Norge Bernkonvensjonen. (...), men vernet antakelig ikke brukskunst»⁷⁷.

5.3.2 Rettstilstanden fra og med lov om åndsverker av 6. juni 1930

Om brukskunst hadde opphavsrettslig vern frem til denne loven ble vedtatt er usikkert, men det må legges til at brukskunst fikk opphavsrettslig vern på bakgrunn av denne loven.

⁷⁴ Rognstad (2009) s. 22

⁷⁵ Rognstad (2009) s. 23

⁷⁶ Rognstad (2009) s. 25

⁷⁷ Rognstad (2009) s. 25

Loven⁷⁸ må sies å ha medført opphavsrettslig vern for brukskunst på bakgrunn av uttrykket «kunstindustri» i bestemmelsens paragraf 2 første ledd nr. 8.

Opphavsmenn måtte i denne perioden også forholde seg til et til dels overlappende og komplisert regelsett. Opphavsmannen kunne verne sin brukskunst med hjemmel i Lov om mønstre av 2. juli 1910, men et mønstervern medførte en avskjæring mot opphavsrettslig vern mot utnyttelse i industrien. Vern etter mønsterloven varte i maksimalt 15 år, mens vern etter åndsverksloven av 1930 varte i opphavsmannens levetid og 50 år etter hans død. Hvis opphavsmannen søkte om vern etter mønsterloven ville et eventuelt vern vare i maksimalt 15 år. Valgte han å gå for vern etter åndsverksloven kunne han risikere at verket ikke ble ansett som et opphavsrettslig verk og dermed bli stående uten noe vern. Rettsstillingen var «ganske håpløs». Løsningen kom med den nye mønsterloven av 1970. løsningen, slik den også er i dag, ble at en eventuell mønsterregistrering ikke influerer åndsverksbeskyttelsen. «De to beskyttelsesformene kan med andre ord *kumuleres* dersom vikarene er til stede for vern etter begge regelsett»⁷⁹.

5.4 Gjelder det samme originalitetsvilkåret i norsk rett?

En metodisk fremstilling vil redegjøre for grunnkravet for opphavsrettslig vern i norsk rett. Originalitetskravet blir ofte omtalt som verkshøydekravet i norsk rett. Begrepene er innholdsmessig like.

5.4.1 Åndsverklovens ordlyd

Åndsverkloven er bygget på samme måte som Bernkonvensjonen og Infosoc-direktivet. Lovens paragraf 1 første ledd gir skaperen av et «åndsverk» opphavsrett «til verket». Videre angir bestemmelsen at verket må på være et litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området, for så å gi en ikke uttømmende eksemplelfremstilling i annet ledd. Verk av typen brukskunst er ikke eksplisitt nevnt, men faller inn under annet ledd nr. 10,

⁷⁸ Lov om åndsverker

⁷⁹ Birger, Stuevold Lassen og Are Stenvik, s. 16

«billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, så vel forbildet som selve verket». Dette er lagt til grunn i lovens forarbeider⁸⁰ og Høyesterett.

På lik linje med Bernkonvensjonen og Infosoc-direktiver sier åndsverklovens ordlyd svært lite om hva som kreves for at noe skal regnes som et åndsverk. Hvilke krav som må være oppfylt er kommet til uttrykk i andre rettskilder, særlig rettspraksis.

5.4.2 Åndsverklovens forarbeider

Forarbeidene⁸¹ ser ut til å følge Knophs tanker fremlagt i Åndsretten⁸² hva gjelder vilkår for opphavsrettslig vern. For å kunne oppnå opphavsrettslig vern må det være frembrakt noe (en avgrensing mot f. eks ideer og tanker) som i «iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side». Dette uttrykket presiseres ikke videre, men er ordlydsmessig påfallende likt det vi finner igjen i senere praksis fra EU-domstolen.

5.4.3 Praksis

Norsk rett forutsetter at et verk er originalt for å få opphavsrettslig vern. Kravet ble lagt til grunn i Wegner-dommen:

«Således som jeg forstår loven, må det i et tilfelle som dette kreves at opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi.»⁸³

og i Huldra i Kjosfossen-dommen:

⁸⁰ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 10

⁸¹ Ot.prp.nr.26 (1959-1960) s. 12

⁸² Knoph, Åndsretten (1936)

⁸³ Wegner Sybord-dommen, Rt. 1962 s. 964, side 968

«For at en frembringelse skal ha karakter av «åndsverk» i åndsverkslovens forstand, må den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt, jf. Rt-1940-327, Rt-1962-964 og Rt-1997-199.»⁸⁴

Når det gjelder kravet til originalitet i EU-retten har senere praksis gitt litt veiledning i denne vurderingen. Før det første er et uttrykk av opphavsmannens personlighet i verket et moment i vurderingen («an intellectual creation is an author's own if it reflects the author's personality», Painer-dommen, C-145/10 premiss 88). For det andre vil opphavsmannens kreativitet ved frie og kreative valg være et moment («that criterion of originality is satisfied when(...)by making free and creative choices», football dataco-dommen, C-604/10, premiss 38). Særlig det første momentet finner man direkte igjen i norsk rett, se utdrag fra dommene i forrige avsnitt. Originalitetsvurderingen er allikevel ingen eksakt vitenskap og berør på en konkret helhetsvurdering.

Det må legges til grunn at norsk rett opererer med det samme originalitetsvilkåret for vern som EU-retten. Rognstad legger dette til grunn som sikker rett uten å drøfte problemstillingen inngående.

5.5 Enerettens innhold i norsk rett

Som avhandlingen har gjort rede for under punkt 4, sklir vurderingen av enerettens innhold, eneretten til bearbeidelser av verket, for over i etterlikningsvurderingen. Punkt 5.7 vil også underbygge dette poenget i behandlingen av skille mellom «bearbeidelser», jf. åndsverkloven paragraf 2 første ledd, og når det er oppstått «nye og selvstendig verk», jf. åndsverkloven paragraf 4 første ledd. Det fremstår som naturlig ikke å drøfte enerettens innhold i norsk rett mer inngående, annet enn at den følger av paragraf 2 første ledd:

⁸⁴ Huldra i Kjosfossen-dommen, 2007 s. 1329, premiss 43

«Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over åndsverket 1 ved å fremstille varig eller midlertidig 2 eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmenheten (...)»

5.6 Oppstiller norsk rett en strengere originalitetsvurdering for vern av brukskunst?

Spørsmålet er om det stilles strengere krav for å få vernet et verk av typen brukskunst enn andre verkstyper, og hva det eventuelle grunnlaget er. Metoden for denne vurderingen vil avvike noe fra den «vanlige». Grunnen til dette er at Høyesterett i Tripp-Trapp⁸⁵-saken nøyte redegjorde for Brukskunstens stilling på opphavsrettens område. Førstvoterende går nøyte gjennom de aktuelle kildene på området, og det fremstår dermed som mest hensiktsmessig å vise til dommens premisser som igjen viser til de aktuelle kildene. Det vil allikevel kort redegjøres for lovens ordlyd og den antatte lære om en strengere originalitetsvurdering for brukskunst.

5.6.1 Åndsverklovens ordlyd

Åndsverkloven gir ikke grunnlag for at visse verkstyper må gjennom en strengere, eller «mildere», originalitetsvurdering enn andre. Loven bare stadfester at flere typer åndsverk kan få opphavsrettslig vern.

5.6.2 Den «antatte lære/teori»

Rognstad fremhever, og begrunner, at det skal stilles strengere krav til originalitet for at brukskunst skal ha opphavsrettslig vern:

«Læresetningen har vært at mens den «rene kunst» sjelden behøver underkastes noen særskilt originalitetsvurdering, stilles det relativt strenge krav for at brukskunst skal anses som åndsverk. Setningen begrunnes i det utall

⁸⁵ Tripp-trapp-dommen, Rt. 2012 s.1062

variasjonsmuligheter som finnes ved den rene kunst, i motsetning til brukskunsten der bruksformålet begrenser det kreative spillerom og dessuten tilsier at brukselementet ikke monopoliseres.»

«Som for språkverk synes det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i friholdelsesbehovet: Åndsverklovens beskyttelse bør ikke strekkes så langt at den også stenger for utnyttelse av rent funksjonelle elementer. Dette innebærer at gjenstander og andre frembringelser med et sterkt funksjonelt preg bør underlegges en strengere originalitets – eller verkshøydevurdering enn ikke – funksjonelle frembringelser.»⁸⁶

Videre argumenteres det for at etterligningsvernet, på bakgrunn av begrensede valgmuligheter og fare for monopolisering, bør være svakere. Dette skal jeg komme tilbake til.

Videre trekker Rognstad frem en stortingsinnstilling fra 1961, som «klart indikerer at kravene for beskyttelse av funksjonell brukskunst skal være strenge». Med henvisning til dommer på brukskunstens område, fremheves det «at det synes som om den vanlige opphavsrettslige beskyttelse ikke alltid er den som er best egnet til å ivareta brukskunstnerens interesser ... Samtidig som et ønske om å imøtekomme brukskunstnerens interesser i enkelte tilfelle kan synes å føre til en uheldig senkning av den nedre grense for verk som kan fortjene betegnelsen åndsverk og den med dette beskyttelse, kan i andre tilfelle forholdet synes å være det at brukskunstgjenstanden nektes vern fordi det eneste vern som kan bys – åndsverkvern under hele opphavsmannen levetid og i femti år etter hans død – kan synes for massivt til å kunne brukes i anvendelse på de ofte beskjedne og til dels motebetingede brukskunstgjenstander. Et sterkt moment her er også at brukskunstgjenstander gir utformeren et langt mindre spillerom enn andre verker, slik at det kan synes betenkelig å gi en opphavsmann en så langvarig enerett til en bestemt utforming som åndsverksloven gir». Argumentasjonen bygger på flere reelle hensyn, omfattende vern

⁸⁶ Rognstad (2009), s. 94

i tid og omfang og de begrensede valgmuligheter frembringelse av brukskunst gir, forutsetter en strengere originalitetsvurdering.

Rognstad trekker så frem at norsk rett har vært sparsom på dette området. Det finnes bare en høyesterettsdom (da boken ble skrevet), Wegner-dommen:

«Dommen kan tas til inntekt for at det for funksjonelle bruksgjenstander skal foretas en temmelig inngående vurdering av om selve formgivningen tilfredsstiller de krav som stilles for at en frembringelse skal anses som et åndsverk.»

Det at brukskunst skal gjennom en «temmelig inngående vurdering» er ikke synonymt med at originalitetsvilkåret er strengere

5.6.3 Tripp-Trapp-dommen

Norsk Høyesterett avsa i 2012 Tripp-Trapp-dommen. Retten vurderte inngående om det foreligger et særlig strengt originalitetskrav for opphavsrettslig vern av brukskunst. Det ble blant annet vist til kirke- og undervisningskomiteens uttalelser i Innst. O. XI. (1960-61) side 10-11. «Et sterkt moment (for en strengere originalitetsvurdering, min presisering) her er også at brukskunstgjenstander gir utformeren et langt mindre spillerom enn andre verker, slik at det kan synes betenkelig å gi en opphavsmann en så langvarig enerett til en bestemt utforming som åndsverkloven gir. En enerett til en bestemt utforming kan her tenkes sterkt å nærme seg et reelt patent på en bestemt bruksgjenstand»⁸⁷. Videre ble det fremhevet i Innstillingen at problematikken rundt brukskunst var spesiell, på bakgrunn av tids- og patentaspektet, men at det ikke var «forsvarlig å foreta endringer uten en grundig utredning». Videre⁸⁸ viser retten til Innstilling til lov om mønster, avgitt 9. juni 1967 som vurderte problemsstillingen. Komiteen konkluderte «med at det ikke er grunn til å noen særregel for brukskunstområdet». Dette begrunnet man med at «Prinsipielle grunner taler for at man ikke innenfor opphavsretten skiller mellom brukskunst og annen kunst, og i

⁸⁷ Tripp-trapp-dommen, Rt. 2012 s. 1062, Premiss 63

⁸⁸ Tripp-trapp-dommen, Rt. 2012 s. 1062, Premiss 65

praksis vil en eksakt grense mellom brukskunst og annen kunst ikke kunne trekkes». Førstvoterende står altså overfor to forarbeider, der det ene trekker mot en strengere originalitetsvurdering av brukskunst, mens den andre mener at det ikke bør være noen forskjellsbehandling. Videre viser retten til Rognstad og fremhever hans synspunkt om en strengere originalitetsvurdering som er redegjort for overfor.

Retten konkluderer så:

«Etter mitt syn kan det imidlertid være uklart om det kan sies å gjelde en strengere norm, eller om vanskeligheten med i disse tilfellene å oppnå den nødvendige verkshøyde snarere er en refleksjon av det faktum at det for produkter som er dominert av de funksjonelle elementer, vil være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming.»⁸⁹

Domspremissene underbygger at den usikre rettsstillingen. Retten viser i hovedsak til tre rettskilder, der to taler for en strengere vurdering og en taler imot. Jeg leser dommen slit at retten, uten helt å begrunne eller vise til den utslagsgivende kilden, ser ut til å konkludere med at det kreves noe «mer» for opphavsrettslig vern av brukskunst i norsk rett.

5.6.4 Konklusjon

Om norsk rett legger en strengere originalitetsvurdering til grunn for vern av brukskunst er usikkert. Rettskildebildet er ikke entydig og man har vært tilbakeholden med å ta et standpunkt.

Overnevnte premiss i Tripp–Trapp-dommen kan allikevel sies å trekke i retning av at det kreves noe «mer» for vern av brukskunst i norsk opphavsrett. Hva som ligger i dette er usikkert. Det er usikkert om normen er strengere på bakgrunn av at det er vanskeligere å være original fordi de kunstneriske valgene er begrenset på grunn av funksjonalitet, eller

⁸⁹ Tripp-trapp-dommen, Rt. 2012, s. 1062, premiss 67

om normen er strengere som en følge av at det dreier seg om et verk som må betegnes som «brukskunst».

Da det ikke er nok dekning i kildene til å si at brukskunst er underlagt en strengere norm enn andre typer verk fordi det er brukskunst, taler de beste grunner for at originalitetsvurderingen er strengere i den forstand at det er vanskeligere å skape noe originalt når valgmulighetene er begrenset på bakgrunn av de funksjonelle elementene.

En eventuell strengere originalitetsvurdering vanskeliggjøres ved at vurderingen blir hengende litt i luften, spørsmålet blir fort: strengere (originalitetsvurdering) i forhold til hva? Dette kompliseres ved at det er få dommer på brukskunstens område og dermed liten veiledning om hvor streng normen eventuelt er.

Jeg mener det ikke er grunnlag for å legge til grunn en strengere originalitetsvurdering for brukskunst på generelt grunnlag i norsk rett.

5.7 Oppstiller norsk rett et snevrere/svakere etterlikningsvern for brukskunst sammenliknet med andre typer åndsverk?

De hensyn som taler for en «strengere» originalitetsvurdering, taler også for at vernet av brukskunst skal være noe snevrere enn andre typer kunst. Konsekvensen av et for sterkt etterlikningsvern kan medføre en monopolisering av kunstretning eller allmenntilgjengelig teknisk løsning/innretning. Spørsmålet er således om etterlikningsvernet for brukskunst nyter det samme vernet etter norsk rett som EU-retten. Det er verdt å merke seg at EU-domstolen ikke har stått overfor et tilfelle der opphavsrettslig vern av brukskunst har kunnet medføre skjeve og uheldige konkurranseforutsetninger for markedet.

5.7.1 Åndsverklovens ordlyd

For å vurdere etterlikningsvernet må det tas utgangspunkt i lovens paragraf 1 annet ledd nr. 13, 2 første ledd og 4. Etterlikningsvernet må særlig vurderes på bakgrunn av samspillet

mellom paragraf 2 første ledd, som gjelder opphavsmannens enerett til bearbeidelse og paragraf 4 første ledd, som gjelder utnyttelsen av et vernet verk «på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår» som opphavsmannen ikke kan motsette seg. Lovens paragraf 4 legger følgende til grunn:

«Opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår. Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er ikke avhengig av opphavsretten til det verk som er benyttet.

Den som oversetter eller bearbeider et åndsverk eller overfører det til en annen litterær eller kunstnerisk form, har opphavsrett til verket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket.»⁹⁰

Loven paragraf 2 første ledd fremhever at:

«Opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i denne lov, enerett til å råde over «åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk.»

Åndsverkloven bygger på det samme systemet som det internasjonale. Vi ser at opphavsmannens enerett omfatter «bearbeidelse», jf. paragraf 2, men er begrenset oppad til «nye og selvstendige verk», jf. paragraf 4 første ledd.

Vurderingstemaet er likt som under avhandlingens punkt 4.4, hvor nært kan et verk legge seg inntil det vernede verket uten å være i strid med opphavsmannens enerett. Lovens system bygger på at det nye verket er så selvstendig at det vil ha opphavsrettslig vern etter paragraf 1. Det er på det rene at åndsverkloven ikke skiller mellom vern av forskjellige

⁹⁰ Åndsverkloven paragraf 4

typer opphavsrettslige verk. For å avklare om brukskunst har en svakere vern enn andre typer verk, må det gjøres en undersøkelse av de andre rettskildene.

5.7.2 Den «antatte lære/teori»

Rognstad presiserer, i sin vurdering av originalitetskravet, at:

«Samtidig bør vernet mot etterligninger i slike tilfelle (ved vern av brukskunst, min presisering) være relativt snevert. Slik er det graden av funksjonalitet – og ikke den kunstfaglige klassifisering – som er bestemmende for den differensierte verkshøyde- og etterlikningsvurdering innenfor området kunst og brukskunst.»⁹¹

Koktvedgaard vurderer også etterlikningsvernets omfang ved å sette det i opphavsrettslig kontekst. Hans tanker er et direkte resultat av grunntanken om fri og slagkraftig konkurransestruktur, et ønske om å motvirke en eventuell monopolisert stilretning. Hva som subsumeres som brukskunst og dermed har vern er ikke avgjørende, men til gjengjeld skal rettsvernet innskrenkes «såledea at det tenderer mod kun at give værn mod meget nærgående efterligninger, slavisk kopiering eller lignende»⁹². Det redegjøres så for at dette er hovedlinjen dansk Høyesterett har lagt. Formuleringen spisses enda mer da det påpekes at «Rent praktisk nærmer man sig da den beskyttelse mod efterligning»⁹³. Og at «bortset fra denne læreætning er det vanskelig at angive mere almene principper. Det er tale en meget konkret vurdering på basis at et sagkyndigt skøn».

5.7.3 Lovens forarbeider

Åndsverklovens forarbeider til paragraf 2 oppstiller følgende utgangspunkt for hva som er omfattet av eneretten:

⁹¹ Rognstad (2009), s. 94

⁹² Koktvedgaard (1999), s. 50

⁹³ Koktvedgaard (1999), s. 133

«Som tidligere vil det følge av opphavsmannens prinsipielle enerett til å råde over verket at han har de samme beføyelser over eventuelle bearbeidelser som han har over originalverket, uansett om det er han selv eller en annen som har foretatt bearbeidelsen.»⁹⁴

Videre, jf. forarbeidene til paragraf 4, setter rammene for langt etterlikningsvernet rekker:

«Opphavsretten rekker så langt som opphavsmannens originale skaperinnsats når, men heller ikke lenger. Opphavsretten stanser der hvor nye krefter har frembrakt nye verk, selv om det har skjedd under påvirkning fra det gamle. Hvor langt vernet rekker, må ellers fastslås etter en konkret vurdering.»⁹⁵

Det må legges til grunn at heller ikke forarbeidene legger klare føringer for hvordan det skal om det foreligger en bearbeidelse eller det har oppstått et nytt selvstendig verk. Overnevnte forarbeider trekker videre frem at vurderingen krever både «juridisk innsikt og kunstnerisk forståelse».

5.7.4 Rettspraksis

Som vi har sett gir hverken lovens ordlyd eller forarbeider klare føringer for etterlikningsvernet. Vurderingen er med andre ord vanskelig og må avgjøres konkret. Etterlikningsvernets omfang var oppe til vurdering i Wegners Sybord-dommen og i Tripp-Trapp-dommen. Rettspraksisen utover dette er relativt snever.

5.7.4.1 Wegners sybord

Dommen er fra 1962 og bygger på loven av 6. juli 1930. Retten konkluderer innledningsvis med at sybordet er et åndsverk og dermed nyter opphavsrettslig vern. Videre behandler retten spørsmålet om «sybordet «Björg» etter åndsverkloven er en ulovlig etterlikning av

⁹⁴ Ot.prp.nr.26 (1959-1960), s. 21

⁹⁵ Lovkommentar ved Magnus Stray Vyrje

Wegners bord»⁹⁶. Selv om retten ikke presiserer at man befinner seg på brukskunstens område, må det legges til grunn. Rettens flertall (4 av 5 dommere) fant at sybordet «Björg» ikke var en ulovlig etterlikning.

Retten trekker frem at kombinasjonen sybord-sofabord er ideer «som etter min oppfatning hvem som helst kunne bruke uten hinder av reglene i åndsverksloven»⁹⁷. Dette medførte at «bordene (måtte) bli så vidt like at det var en viss fare for forveksling. Men dette er etter åndsverksloven ikke tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en ulovlig etterlikning»⁹⁸.

Retten bemerker videre forskjellen på kvalitet, og produsentenes ønske om og henholdsvis å skape noe på nytt den ene siden og et billig alternativ på den andre:

«Jeg finner grunn til særlig å fremheve at Sand hadde satt seg som mål å lage et billig og forholdsvis ordinært bruksbord – «Björg» har vært solgt for kr. 270 pr. bord. Han tenkte ikke på å frembringe noen nyskapning på møbelkunstens område og har heller ikke gjort det. Wegner har derimot ved sitt bord gjort en kunstnerisk innsats. Hans bord er et kvalitetsarbeid, og prisen var også vesentlig høyere – dette bordet ville antagelig i Norge ha kostet omkring 600 kroner. Når da Wegners opphavsrett – som jeg tidligere har sagt – bare omfatter selve den kunstneriske utformning av bordet, kan jeg etter dette ikke se at hans rett er blitt krenket ved fremstillingen av sybordet «Björg».»⁹⁹

Den dissenterende dommeren konkluderte med at verket hadde opphavsrettslig vern, men at det at det forelå en ulovlig etterlikning. Følgende ble lagt til grunn:

«Ved avgjørelsen av om frembringelser av kunsthåndverk og kunstindustri nyter vern som åndsverk, kan man etter min mening ikke utelukkende se hen til den ytre

⁹⁶ Wegner sybord-dommen, Rt. 1962 s. 1964, side 969

⁹⁷ Wegner sybord-dommen, Rt. 1962 s. 1964, side 968

⁹⁸ Wegner sybord-dommen, Rt. 1962 s. 1964, side 970

⁹⁹ Wegner sybord-dommen, Rt. 1962 s. 1964, side 970

form som verket har fått. Her går – som ved annen bildende kunst – innhold og form sammen på en sådan måte at de ikke godt lar seg skille fra hinannen. Det ferdige verk er den form som kunstnerens idéer har manifestert seg i. Eller sagt på en annen måte: Det som loven verner, er de idéer som kunstneren har maktet å gi en kunstnerisk form. Det er selve verket i sin totalitet som er opphavsrettens gjenstand, og i selve verket inngår etter min mening også de idéer og intensjoner som opphavsmannen har hatt, i den utstrekning han har maktet å gi dem en selvstendig kunstnerisk utformning. Det er så vidt jeg kan forstå en nyanseforskjell her mellom førstvoterendes og min oppfatning, en forskjell som bl.a. får en viss betydning ved avgjørelsen av det annet hovedspørsmål i saken: om det foreligger en ulovlig etterlikning fra Sands side.»¹⁰⁰

Flertallet virker å legge vekt på intensjonen bak skaperen av «Bjørn», det var ikke meningen at frembringelsen skal være en konkurrent til Wegners sybord. Videre ble det gjort en vurdering av helhetsinntrykket og fremholdt at forvekslingsfare ikke var nok til å stadfeste et brudd i opphavsretten. Prismessig, intensjonsmessig og kvalitetsmessig var ikke «Bjørn» frembrakt som en konkurrent, men mer som et billigere alternativt.

Mindretallets utsagn må tolkes, særlig «Det som loven verner, er de idéer som kunstneren har maktet å gi en kunstnerisk form». Ideer har ikke vern etter åndsverkloven. Men resultatet av en ide, den ytre manifestasjon, resultatet av ideen nyter vern (gitt at den oppfyller kravene til «åndsverk»). Er det dette den dissenterende dommeren mener i sitt votum, mener jeg at dette stemmer bedre overens med det opphavsrettslige etterlikningsvernet.

Dommen kan følgelig tas til inntekt for at etterlikningsvernet er svakt. Grunnet manglende rettspraksis er det vanskelig å si noe om at vernet er svakt sammenliknet med andre verkstyper. Men hvis etterlikningsvernet ikke omfatter tilfeller som gir forvekslingsfare og

¹⁰⁰ Wegner sybord-dommen, Rt. 1962 s. 1964, side 972

billigere utgaver uten intensjon om å frembringe annet enn en billig etterlikning, må det kunne sies at etterlikningsvernet er begrenset.

5.7.4.2 Tripp-Trapp–Dommen

Norsk Høyesterett avsa i 2012 Tripp-Trapp-dommen. Retten kom til at det aktuelle verket var vernet som brukskunst og vurderte deretter om Oliver-stolen hadde krenket opphavsretten til Tripp–Trapp-stolen.

Retten bygger på sakkyndiges syn, selv om disse er «sterkt» avvikende syn¹⁰¹. Førstvoterende legger så avgjørende vekt på Professor Lagerbielke da Professor Jackobs syn langt på vei er en vurdering av hans «syn på opphavsrettsspørsmålet»¹⁰².

Retten søker inspirasjon fra dansk Høyesterett for å klarlegge vurderingen av etterlikningsvern av brukskunst:

«To danske høyesterettsdommer, U.2001.747H (Tvillum) og Højesterets dom 28. juni 2011 (Lulu) bygger tilsynelatende på at Tripp Trapp-stolen, som en funksjonell gjenstand, bare har et vern mot « særlig nærgående » etterligninger (...)Under ingen omstendighet kan dommene forstås uten at det også sees hen til hva retten så anser som « særlig nærgående »krenkelser».¹⁰³

Retten bygger sin konklusjon lagmannsrettens sammenfatning:

«Det kunstneriske særpreget ved Tripp Trappstolen består som tidligere nevnt av nyskapende enkeltelementer, og den originale sammensetningen av disse med eldre, kjente enkeltelementer. Etter lagmannsrettens oppfatning gjenfinnes de nevnte elementene i meget stor utstrekning i Oliverstolen. De egenskapene ved

¹⁰¹ Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s 1062, premiss 83

¹⁰² Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s 1062, premiss 86

¹⁰³ Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s 1062, premiss 89

formuttrykket, som bærer Tripp Trappstolens identitet, finnes dermed i all hovedsak igjen i Oliverstolen. Likhetsstrekkene er svært omfattende, ikke minst tatt i betraktning de mange variasjonsmulighetene som foreligger. Samlet sett fremstår Oliverstolen som en meget nærgående etterlikning av Tripp Trappstolen»¹⁰⁴

Retten konkluderer med at det foreligger en ulovlig etterlikning. Retten viser til lagmannsrettens begrunnelse som konkluderte på bakgrunn av likhetsstrekk til tross for variasjonsmuligheter og at verkene bærer samme identitet¹⁰⁵. Slutningen, fra en enstemmig rett, avviker noe fra den vi finner i Wegner-dommen. Avviket gjelder særlig identitets- og forveklingsforholdet. Jeg forstår Tripp-Trapp-dommen slik at retten i større grad «tar et skritt tilbake» og vurder verkene ved siden av hverandre. Jeg mener også at det er grunnlag for å si at forveklingsfaren var større i Wegner-saken, enn i Tripp-Trapp-saken. Hvis det kan trekkes ut holdepunkter fra Wegner-dommen at brukskunst har et svakt etterlikningsvern, kan Tripp-Trapp-dommen trekke i motsatt retning. Vernet i sistnevnte dom ser også ut til å bygge på bærende hensyn i opphavsretten, den endelige manifestasjon av en idé eller tanke, har et vern mot uoriginale etterlikninger.

Den konkrete vurderingen lagmannsretten har foretatt, og som Høyesterett viser til, tar ikke stilling til det generelle spørsmålet om brukskunst har et snevrere vern enn andre typer verk, men legger til grunn at kopien formene og uttrykkene som bærer Tripp-Trapp-stolens identitet i all hovedsak er gjengitt i etter likningen, og er dermed en ulovlig etterlikning.

5.7.5 Konklusjon

Lovens ordlyd og dens forarbeider tar ikke stilling til etterlikningsvernet av åndsverk, deriblant brukskunst. Om norsk rett oppstiller et snevrere etterlikningsvern av brukskunst må avgjøres på bakgrunn av den lille praksisen på området, samt juridisk teori. Dette vanskeliggjøres med at jeg oppfatter Wegners- og Tripp-Trapp-dommen som noe

¹⁰⁴ Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s 1062, premiss 90

¹⁰⁵ Tripp-Trapp-dommen, Rt. 2012 s 1062, premiss 93

forskjellig når det gjelder krenkelsesvurderingen. Videre skal man passe seg for å trekke en eventuell konklusjon som ikke har støtte i hverken forarbeidene eller lovens ordlyd.

Retten la blant annet til grunn at likhet knyttet til identitet ved Oliver-stolen og Tripp Trapp-stolen medførte en ulovlig etterlikning. Denne slutningen går ikke godt overens med slutningen i Wegner-dommen, der man tok «lettere» på eventuell identitets forveksling.

Spørsmålene omkring pris og kvalitet ble ikke like inngående drøftet i Tripp-Trapp-dommen, selv om man sto overfor produkter med nokså ulik pris. Oliver stolen kostet 599 kroner, mens Tripp-Trapp-stolen kostet 1399 kroner. Wegner-dommen vurderte produktenes pris og kvalitet inngående og det ble lagt til grunn av Wegners sybord hadde vesentlig høyere kvalitet og mer enn dobbelt så høy pris. Dommen kan leses til fordel for at etterlikningen ikke var noen «reell» konkurrent til det opprinnelige verket gitt pris og kvalitet. Momentet synes å trekke i retning av verket som påstås å være en etterlikning, lettere går klar av etterlikningsvernet nettopp fordi det ikke er en direkte konkurrent vedrørende pris og kvalitet. Dette ville eventuelt medføre en uheldig rettsstilling for opphavsmannen, som da vil nyte et svakere vern mot etterlikninger hvis han velger løsninger av høy kvalitet. Dette strider også mot alminnelige betraktninger om kvalitetskrav i opphavsretten, nasjonal og internasjonal. Spørsmålet er da om begrunnelsen i Wegner-dommen, selv om den skulle være kritikkverdig, er en stadfestelse av at brukskunst på opphavsrettens område har et svakere etterlikningsvern.

Det er usikkert om retten legger til grunn en strengere originalitetsvurdering, eller om det er de funksjonelle elementenes begrensning i kunstnerisk utfoldelse, som legger premissene for strengere originalitetsvurdering av brukskunst i norsk rett. Retten trekker frem at det ikke har noen betydning, men min oppfatning er norsk rett krever noe «mer» for vern av brukskunst i opphavsrett. Noe mer, men uten bedre rettskildemessig dekning kanskje vært best å være forsiktig med å treffe noen konklusjon om snevrere vern.

Det kan legges frem en grunntanke om et åndsverk som er «veldig» originalitet har et mer omfattende etterlikningsvern. Vernet omfatter alt det nye/originale og dermed enhver frembringelse som ikke har identiteten av et nytt åndsverk. Bygger man videre på denne tanken på brukskunstens område er det mulig å trekke opp følgende slutning; brukskunstens originalitet/spillerom er begrenset på bakgrunn av brukselementet. Kunstnerens begrensede spillerom medfører med andre ord at verkets originalitets begrenses. Og på samme måte som «mye» originalitet gir et bredt vern, gir mindre originalitet et snevrere vern. Det kan dermed trekkes en konklusjon om at brukskunst har et snevrere etterlikningsvern fordi det er mindre originalt, men ikke ene og alene fordi det er «brukskunst». Dermed kan det tenkes at en svært original brukskunstgjenstand kan ha større vern enn en annen type åndsverk som er mindre original. At større originalitet gir sterkere vern, gjelder for hele opphavsretten, og ikke deler av den.

Jeg mener det ikke er dekning i norsk rett for å legge til grunn at brukskunst på generelt grunnlag har svakere vern, hva gjelder omfanget av eneretten og etterlikningsvernet.

5.8 Konklusjon

Norsk har selv satt de rammer som er funnet hensiktsmessig for vern av brukskunst. Rettsoppfatningen er at en brukskunstgjenstand må være original for å ha vern, og det må legges til grunn at originalitetsvurderingen etter norsk rett er strengere enn for vern av andre verkstyper. Videre synes særlig teoretikere og Wegner-dommen å tale for at brukskunst har et svakere etterlikningsvern. Men her kan det tenkes at Tripp-trapp-dommen tar noe avstand fra dette ståstedet. Vurderingen er til syvende og sist meget konkret og det er få holdepunkter som gir generelle retningslinjer.

6 Avrunding

Originalitetsvilkåret for opphavsrettslig vern er harmonisert for store deler av EU-retten på immaterialrettens område. Det kan stilles spørsmål ved det rettslige grunnlaget for vilkåret om originalitet – opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Det er på det rene at dette vilkåret, og heller ikke noe tilsvarende som kunne tolkes dithen, er lagt til grunn i Bernkonvensjonen. Om denne harmoniseringen også omfatter brukskunst vil tiden vise, men gode grunner taler for at dette er tilfellet. Skulle det være tilfellet vil norsk opphavsrett på noen områder ikke være i samsvar med EU-retten. Dette gjelder særlig for originalitetsvurderingen og etterlikningsvernet.

7 Register

7.1 Lover

Norske

- | | |
|------|---|
| 1930 | Lov om åndsverker av 6. juni 1930 nr. 17 |
| 1961 | Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven), 12. mai 1961 nr. 2 |
| 1994 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), 1. januar 1994 |
| 2003 | Lov om beskyttelse av design (designloven), 14. mars nr. 15 2003 |
| 2009 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven), 9. januar. 2009 |

Utenlandske

US Copyright Act, 17 U.S.C. § 101

7.2 Forarbeider og NOUer

Ot. prp. nr. 26 (1959-60)

Innst. O. XI. (1960-61)

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor (17.01.2012)

7.3 Konvensjoner og Internasjonale traktater

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk, 9. september 1886.
Gjeldende revidert utgave, Paristeksten, revidert 24. juli 1971 i Paris.

The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) av 1995

Vienna Convention on the Law of Treaties av 1969

7.4 EU-direktiver

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

The Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs.

Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights

7.5 Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1962 s. 964	Wegners sybord-dommen
Rt. 1997 s. 199	Cirrus-dommen
Rt. 2007 s. 1329	Huldra i Kjosfossen-dommen
Rt. 2012 s. 1062	Tripp-Trapp-dommen

7.6 Utenlandske dommer

Svenske

NJA 2009 s 159	Mini Maglite
----------------	--------------

EU-domstolen

Football Dataco I-dommen, ICJ C-604/1, 1. mars 2012

Infopaq I-dommen, ICJ C-5/08, 16.juli 2009

Painer-dommen, ICJ C-145/10, 1. desember 2011

Flos-dommen, ICJ C-168/09, 27. januar, 2011

7.7 Litteratur

Knoph, Ragnar Åndsretten. Oslo 1936

Guide to the Berne Convention, utgitt av World Intellectual Property Organization (1978)

Koktvedgaard, Mogens Lærebog i immaterialret, 5. utgave. 1999

Knoph, Ragnar Oversikt over norsk rett, 13. utgave. Oslo 2009

Birger, Stuevold Lassen og Are Stenvik Designrett – En innføring. Oslo 2006

Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen Opphavsrett. Oslo 2009

7.8 Juridiske artikler o.l.

Irina Eidsvold Tøien, Universitetsstipendiat «Originalitetskravet i EU-retten – ny kurs?»

Artikkelen ble tilsendt elektronisk

Olav Torvunds, «Opphavsrett – en introduksjon»,

<http://www.torvund.net/index.php?page=opph-innl>

WIPO infoside,

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

Lovkommentar ved Magnus Stray Vyrje

http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=åvl&sDest=gL19610512z2D2

Begrepsforklaringer ved nasjonalmuseet

http://www.nasjonalmuseet.no/no/samlinger_og_forskning/design_og_kunsthandverk/design_og_kunsthandverk_19052005/begrepsforklaringer/